

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

SENTENCIA

PROCESO: 76-001-23-33-000-2013-00307-00.
DEMANDANTE: BERNAL VALLEJO Y CIA S.A.S.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PALMIRA - C.V.C.
M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.
PONENTE: FRANKLIN PÉREZ CAMARGO.

Santiago de Cali, quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Jorge Alberto Vallejo Bernal, representante legal de la Sociedad Bernal Vallejo y CIA S.A.S., por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control Reparación Directa, interpuso demanda contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. y el Municipio de Palmira, para que previos los trámites de un proceso ordinario se efectúen las siguientes

DECLARACIONES:

Que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. y el Municipio de Palmira, son administrativamente responsables a título de falla en el servicio, por la omisión de velar por el buen estado de los causes y sus diques, en aras de haber evitado las inundaciones que afectaron los predios de propiedad del demandante. Explica que tales desbordamientos fueron producto del rompimiento del dique sobre el río Palmira, evento que surgió por el aumento inusitado de su caudal, con motivo de la ola invernal que afectó al Departamento del Valle del Cauca en el transcurso de los años 2010 y 2011.

Como consecuencia de lo anterior, pide se condene a las demandadas a pagar los siguientes valores:

1. POR PERJUICIOS MATERIALES:

1.1. Daño Emergente:

- Respecto de la inundación en el año 2010, señala el demandante que este perjuicio está representado en la pérdida total de los cultivos de caña de azúcar en 90 hectáreas, que demandaron erogaciones por valor de \$11.500.211 por hectárea, producto de la adecuación, preparación, siembra, topografía y otros, fijando un total de \$1.035.019.000.
- En lo que concierne al diluvio presentado en el año 2011, indica que se presenta este perjuicio por la pérdida total de los cultivos de caña de azúcar en 100 hectáreas, sobre los cuales debieron efectuarse actividades de adecuación, preparación, siembra, topografía y otros, labores que arrojan un valor de \$12.878.530 por hectárea, precisando un total de \$1.287.853.000.

Lucro Cesante:

- Calcula el demandante que con motivo de las 90 hectáreas brutas afectadas en la inundación del año 2010, 70 hectáreas netas estaban sembradas con caña que debían producir 9.081 toneladas, cuyo valor al precio promedio del año 2011 es de \$673.310.745.
- Deduce que de las 100 hectáreas correspondientes al área neta sembrada con caña de azúcar dañadas por la crecida del año 2011, éstas debían producir en el año 2012 un estimado de 12.972 toneladas de caña, cuyo valor al precio de venta promedio de 2012 es de \$918.638.124,00.

Aclara que al tratarse la caña de azúcar de un cultivo de ciclo anual, las pérdidas del invierno del año 2010 se proyectan en el ejercicio del año 2011, y en su orden los perjuicios del invierno del año 2011 se reflejan en el ejercicio del año 2012.

El petitum se fundamentó en los siguientes

HECHOS

1. La Hacienda la Selva de propiedad de la Sociedad Bernal Vallejo y Cía. S.A.S. posee cultivos de caña de azúcar según contrato vigente con Manuelita S.A., conformada por los predios denominados La Doctora, La Cabaña, La Tiralarga, La Guaira. Está localizada en el Municipio de Palmira, Corregimiento de Matapalo, con extensión aproximada de 138,51 has.

2. Con ocasión de la ola invernal ampliamente anunciada, advertida y prevista por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, que afectó al departamento del Valle del Cauca en los años 2010 y 2011, esta región padeció grandes inundaciones por intensa precipitación pluvial que originó el aumento del caudal de los ríos Palmira, Frayle, Bolo, Guachal, Cauca, entre otros.

3. El día 05 de diciembre de 2010, en medio de la temporada invernal ya referida, se presentó ruptura del dique sobre el río Palmira, a 10 kilómetros de la Hacienda La Selva, desbordamiento que produjo la pérdida de los cultivos de caña de azúcar ubicados en el mentado predio.

4. El IDEAM en sus informes hidrológicos diarios, efectuados entre el 1° de noviembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, anunció de manera copiosa y pública el recrudecimiento de la ola invernal, y en particular la elevación de los niveles del río Cauca por encima de la cota de afectación.

5. El día 17 de diciembre de 2011 el agua desbordada a través de la ruptura de un dique sobre el Zanjón Roza, a 500 metros de distancia de la Hacienda La Selva, entró de nuevo a sus terrenos afectando cultivos. El agua rebosada en el Zanjón Roza no pudo fluir hacia el río Cauca y retornó hasta volver a inundar la finca.

TRAMITE

La demanda se presentó en término el día 19 de marzo de 2013, admitida mediante auto interlocutorio No. 236 de fecha 03 de mayo de 2013, siendo éste notificado a la parte demandante a través de Estado No. 086 del 22 de mayo de 2013, y de nuevo al demandante y al Ministerio Público el día 20 de mayo de 2013. Posteriormente se notifica a la demandada C.V.C., a la Agencia Nacional de Defensa Judicial y a la Procuraduría el día 10 de julio de 2013. Por último se notifica de la demanda al Municipio de Palmira el día 02 de septiembre de 2013.

Se corrió traslado de la demanda a las demandadas, al Ministerio Público y a los sujetos que según la demanda tienen interés directo en los resultados del proceso por el término de 30 días que corrieron así: Desde el 08 de octubre hasta el 21 de noviembre de 2013 (Folio 312). Dentro del término citado las demandadas Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – C.V.C. y el Municipio de Palmira dieron respuesta a la demanda formulando excepciones.

Se efectuó la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el día 28 de agosto de 2014, en la cual se declaró probada la excepción previa de indebida integración del litisconsorcio necesario y se ordenó en consecuencia su suspensión hasta que se procediera a la notificación de las entidades vinculadas, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Departamento del Valle del Cauca, notificación que se surtió el día 02 de septiembre de 2014.

Se da continuación el día 16 de abril de 2015 a la audiencia inicial suspendida, en la cual se fijó el litigio y decretaron pruebas, practicadas en la audiencia del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, unas el día 07 de mayo de 2015 y otras el día 11 de junio de 2015 por motivos debidamente justificados, en donde se ordenó de conformidad con el inciso de la citada norma, la presentación por escrito de las alegaciones finales dentro de los diez días siguientes.

Agotadas las etapas procesales del caso y no observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir de fondo el asunto, en cuya definición abordará la Sala las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Cuál es el título de imputación aplicable, tratándose de la responsabilidad de la administración cuando la fuente del daño son desastres naturales?

¿Cómo debe ser efectuada la valoración de los testimonios tachados de sospechosos con motivo de su vinculación laboral con una de las partes?

¿Qué característica debe tener la objeción de un dictamen por error grave para que prospere?

¿Ante la carencia de sustento metodológico y de un soporte del procedimiento realizado por el perito para llegar a las conclusiones de su dictamen, se configura una vulneración al derecho de contradicción y de defensa de las partes para corroborar y refutar sus afirmaciones?

¿Habrá lugar a declarar la caducidad de las pretensiones relacionadas con la inundación ocurrida el día 05 de diciembre de 2010?

¿Se ajusta la causal exonerativa de responsabilidad por fuerza mayor en el caso bajo estudio, ante la presencia de un hecho externo a la actividad administrativa, irresistible e imprevisible?

¿Habrá lugar a pronunciarse sobre el alegado agravante de los efectos de la fuerza mayor por obra pública a cargo de la C.V.C., so pena de vulnerar el principio de congruencia de la sentencia?

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO COMO CONSECUENCIA DE DESASTRES NATURALES.

RÉGIMEN APLICABLE

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a que se declare administrativamente responsable a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – C.V.C. y al Municipio de Palmira, y a las vinculadas Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Departamento del Valle del Cauca, de los perjuicios causados al demandante con motivo de falla en el servicio por la falta de diligencia de las demandadas en sus funciones de control de inundaciones y de prevención de los efectos y perjuicios por ellas causados.

Definido está por la jurisprudencia¹, que tratándose de la responsabilidad de la administración cuando la fuente del daño son desastres naturales, se ha *“...sostenido de forma uniforme que la obligación indemnizatoria a cargo de la administración nace solo cuando, analizadas las pruebas del plenario, se demuestra que las entidades competentes han omitido el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la previsión, prevención y atención de los hechos de la naturaleza, lo que significa que para el juzgamiento de este tipo de casos es aplicable el régimen de falla del servicio², máxime cuando ese fue el título de imputación alegado por los actores.*

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá, D. C., treinta de abril de dos mil catorce, Rad: 25000-23-26-000-2001-02133-01 (28668) Actor: José Octavio Ruiz Reyes y otra. Demandados: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR. Referencia: Reparación directa.

² Esto sin perjuicio de lo que recientemente dijo la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 19 de abril de 2012, expediente C. P. Hernán Andrade Rincón, radicación 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515), actor: María Hermenza Tunubalá Aranda, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. Se dijo en dicha providencia: “(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos ‘títulos de imputación’ como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación”. // “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado (...)”.

En reiterados pronunciamientos proferidos con ocasión de desbordamientos hidrográficos, la Sección Tercera ha dicho que en tales acontecimientos solo puede predicarse la responsabilidad estatal en el evento en que se evidencie que se incurrió en una prestación del servicio defectuosa, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando las entidades competentes previeron o pudieron prever las consecuencias nocivas del fenómeno natural, y no desplegaron acciones tendientes a evitarlas³...

PRUEBAS DOCUMENTALES:

Copias y documentos auténticos de:

- Certificado de tradición de fecha 7 de marzo de 2013, de predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 378-18175, en donde se acredita que dicho predio es de propiedad de Bernal Vallejo y Cía. S en C. (Folios 6 a 7, C.1.). Dentro del acápite que hace referencia a la cabida y linderos, se describe que se trata de *"Un globo de terreno con casa de habitación que tiene un área de 90 plazas o sea 59 Has 6.000 M2, alinderao así: Norte predios que corresponden a la hacienda la Argelia de propiedad de Pedro Pablo Scarpetta, Oriente predio de Pastor Varela, Sur con la Hacienda La Selva de propiedad de la Sociedad López Hermanos Ltda. y con predio de Pastor Varela, Occidente en parte con río Guachal y en parte con el río Cauca."*

- Certificado de tradición de fecha 7 de marzo de 2013, de predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 378-32426, en donde se acredita que dicho predio actualmente es de propiedad de Bernal Vallejo y Cía. S en C. (Folios 8 a 10, C.1.). Dentro del acápite que hace referencia a la cabida y linderos, se describe que se trata de *"Un lote de terreno con una extensión superficial de veinticuatro (24) hectáreas, 4.880 metros cuadrados, cuyos linderos específicos son los siguientes, Norte, con la hacienda La Guaira de propiedad de Alejandro Lenís, en parte con propiedad de Trinidad viuda de Varela corresponde en el plano a protocolización entre los mojones D y C, Sur, con predio de hacienda La Cabaña que reservan los propietarios dividida al medio por el eje de la corona de riego que va desde el punto B en la margen derecha del río Guachal hasta el punto*

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia del 20 de septiembre de 2007. expediente 16014. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha providencia se resolvió una demanda por los daños causados a unos cultivos con ocasión del desbordamiento en la cuenca baja del río Cauca en el mes de junio de 1996.

A ubicado en el lindero con la hacienda La Selva, según el plano que se protocoliza en esta escritura, Occidente, en línea quebrada con el río Guachal en toda su extensión puntos B y C del plano que se protocoliza, Oriente en la línea recta con la hacienda La Selva de propiedad de Alberto Bernal Correa en toda su extensión puntos A y D del plano que se protocoliza.”.

- Certificado de tradición de fecha 7 de marzo de 2013, de predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 378-2769, en donde se acredita que dicho predio actualmente es de propiedad de Bernal Vallejo y Cía. S en C. (Folios 11 a 13, C.1.). Dentro del acápite que hace referencia a la cabida y linderos, se describe que se trata de “Un lote de terreno marcado con la letra A con cabida de 39 plazas 249.600 Mts². Alinderao así: Norte, en extensión total de 1.494 Mts. con lote C perteneciente a la sociedad vendedora; Sur, en extensión de 129.50 Mts. y 1358 Mts. con propiedad de Emiro Gutiérrez; Oriente, en 15 Mts. con propiedad de Omar González y 190 Mts. con la misma propiedad de Emiro Gutiérrez; Occidente en 179.15, también con la mencionada propiedad de Emiro Gutiérrez.”.

- Certificado de tradición de fecha 7 de marzo de 2013, de predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 378-14157, en donde se acredita que dicho predio actualmente es de propiedad de Bernal Vallejo y Cía. S en C. (Folios 14 a 16, C.1.). Dentro del acápite que hace referencia a la cabida y linderos, se describe que se trata de “Una finca rural de cuarenta y seis (46) fanegadas y trescientos ochenta y cinco (385) metros cuadrados, con casa de habitación y alinderao todo el inmueble así: Norte: Hacienda “La Argelia” de propiedad del doctor Pedro Pablo Scarpetta, Oriente: Carretera que va a Palmira, Sur: Hacienda “La Selva” de propiedad de la sociedad “López y Hnos Ltda.” y occidente: predio del señor Gilberto Zuluaga Osorio. La medida del predio equivale a 29 hectáreas 4.785,00 metros cuadrados.”.

- En certificado de fecha 6 de enero de 2011, el Director Territorial Regional Suroccidente de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, indica que la hacienda La Selva de propiedad de la Sociedad Bernal Vallejo y Cía. S.A.S., “...ubicada en el corregimiento de Matapalo, municipio de Palmira, sembrado en caña de

azúcar con un área de 90 hectáreas, permanece inundado desde el 5 de diciembre del año en curso, por la rotura del dique del río Palmira y Canal Tumaco.”. (Folio 20, C.1.).

- El Secretario de Agricultura y Desarrollo Económico del Municipio de Palmira certifica el día 11 de enero de 2011, que *“...realizada la correspondiente visita de inspección ocular al predio ubicado en el corregimiento de Matapalo, para verificar las condiciones de este, se pudo constatar que fue afectado en su producción de cultivo de caña de azúcar variedad CC8595 y puerto rico el cual está totalmente inundado. A causa de la fuerte Ola Invernal.”. (Folio 22, C.1.).*

- El Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres CLOPAD, hace constar el día 24 de enero de 2011, *“Que en la ola invernal (Noviembre – Diciembre de 2010) El predio denominado “hacienda La Selva”, de propiedad del señor Jorge Alberto Vallejo identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.276.363 situada en el corregimiento MATA PALO. Se vio afectada de manera directa por las inundaciones que produjo el rompimiento del dique en el río Palmira, Zanjón Tumaco. Se constató pérdidas totales en cultivos de caña...”.* (Folio 21, C.1.).

- El Representante Legal de la Sociedad Bernal Vallejo y Cía. S.A.S., pone en conocimiento de la C.V.C. a través de escrito de fecha 25 de marzo de 2011 lo siguiente (folio 25, C.1.):

“Por medio de la presente informamos a ustedes, la situación actual del dique del río Cauca a la altura de la desembocadura del río Guachal, sobre el predio La Selva, corregimiento de Matapalo.

Como lo hemos manifestado en el pasado, en las diferentes visitas y cartas a la C.V.C., la delicada situación de las bermas del río Cauca, en nuestro predio La Selva. El día 22 de Marzo, el río se llevó parte de la berma que protege el dique. De inmediato procedimos a construir un contra dique para poder evitar el rompimiento del mismo y la inundación de los corregimientos de Matapalo, La Acequia, Paso de la Torre y nuevamente la Zona Franca del Pacífico.

*Por esta situación crítica, solicitamos a ustedes, de la ayuda técnica y profesional para aplicar correctivos definitivos a esta zona del río Cauca y evitarnos una catástrofe con los corregimientos aledaños con una creciente del río.
(...)"*.

- El Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres CLOPAD, hace constar el día 27 de diciembre de 2011, *"Que en la semana del 16 a la fecha, el predio denominado "hacienda La Selva",... de propiedad del señor Jorge Alberto Vallejo identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.276.363 situada en el corregimiento MATA PALO. Se vio afectado de manera directa por las inundaciones que produjo el rompimiento del dique en el Zanjón Rozo. Se constató pérdidas en más de 95% en cultivos de caña..."*. (Folio 24, C.1.).

- El Director Territorial de la Dirección Ambiental Regional Suroccidente de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – C.V.C. certifica el día 10 de enero de 2012, que *"El Predio denominado Hacienda La Selva, con Matrículas Inmobiliarias Nos. 378-0000003, 378-0002769, 378-0014157, 378-0032426, 378-18175, 378-0131964 y 378-0131965, de propiedad de la Sociedad Bernal Vallejo y Cía S.A.S...., representada legalmente por el señor Jorge Alberto Vallejo Bernal,...localizada en el Corregimiento de Matapalo, Jurisdicción del Municipio de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, sembrado en cultivos de Caña de Azúcar en un área de 224 hectáreas, permanece a la fecha inundado desde el día 17 de diciembre de 2011, por la ruptura del dique de protección del Zanjón Rozo, 600 metros antes de la desembocadura sobre el río Cauca."* (Folio 23, C.1.).

- Informe escrito rendido por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, de fecha 27 de abril de 2015 (folios 406 a 408, C.1.), del que se destaca lo siguiente:

a. Se asevera que en la emergencia invernal del año 2010 a 2011, se adoptó por la demandada una medida preventiva y para mitigar los impactos de las inundaciones, consistente en proyecto de "Recuperación parcial de la capacidad hidráulica de cauces en diferentes sectores del departamento del Valle del Cauca",

presentado ante el Fondo Nacional de Calamidades y aprobado y ejecutado por la C.V.C. a través de Convenio No. 178 del 31 de agosto de 2011 (folios 409 a 412, C.1.), cuyo objeto era *“Transferir los recursos financieros otorgados por el Ministerio con recursos del Fondo Nacional de Calamidades, Subcuenta-Colombia Humanitaria, para la ejecución de los proyectos asignados a la entidad ejecutora para adelantar actividades conducentes a atender y restablecer las condiciones ambientales en zonas afectadas por la emergencia invernal ocasionada por el fenómeno de La Niña 2010-2011, a la mitigación de sus efectos y a prevenir la ocurrencia de nuevas situaciones de emergencia...”*.

b. Trae a colación las consideraciones consignadas por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-156 de 2011, en donde dicha Corporación reconoció que el fenómeno de “La Niña” acaecido en el año 2010 produjo perturbaciones graves y amenaza de perturbaciones inminentes, constitutivas de calamidad pública que desbordó la capacidad de respuesta del Estado:

“(…)

...se puede afirmar que aunque la presencia del fenómeno de La Niña puede ser pronosticada por centros o entidades climáticas o atmosféricas, como el IDEAM, lo cierto es que la magnitud, intensidad y agudización de éste superó los registros históricos. Así pues, se verificó que el fenómeno de La Niña 2010 fue el más fuerte de los fenómenos fuertes de La Niña presentados en otros años, lo que demuestra su carácter anormal y extraordinario. Aún más, las precipitaciones sufridas en la mayor parte del país estuvieron alejadas en gran medida de aquellas que general y normalmente se presentan, acentuando el carácter sobreviniente del fenómeno. En efecto, el carácter súbito e imprevisto de la dimensión del fenómeno de La Niña 2010 trajo como resultado el crecimiento y aumento -también extraordinario y anormal- de los niveles de los principales ríos del país, el Magdalena y el Cauca; reforzando la anormalidad de lo sucedido.

Por ende, encuentra esta Corte que los hechos verificados objetivamente por esta Corporación y extraños al Estado adquirieron el carácter de sobrevinientes y extraordinarios; imprevistos por cuanto como se demostró (numeral 8.3.1.), los promedios previsibles en materia de precipitaciones fueron ampliamente superados en la mayoría de regiones del país; irresistibles por cuanto los hechos verificados

*superaron en gran medida lo que se esperaba y por ende desbordaron la capacidad de respuesta del Estado; cumpliéndose entonces con la última parte del presupuesto fáctico, esto es el 'juicio de sobrevivencia'.
(...)"*

c. Pone de relieve que la C.V.C. efectuó en el año 2008, requerimientos de tipo preventivo a los propietarios de la zona donde ocurrió el desbordamiento, para el reforzamiento del jarillón de protección adyacente a los ríos (folios 424, 430 a 431, C.1.); se lanzaron alertas a las autoridades Municipales por amenaza de inundación (folios 425; 451 a 452; 453 a 454; 455; 456 a 457, C.1.); y se efectuaron reuniones por la demandada para el estudio de medidas de prevención en aras de afrontar las anegaciones por el rebose de los ríos Guachal y Fraile (426 a 429, C.1.).

- Informe escrito de fecha 10 de junio de 2015, rendido bajo juramento por el Alcalde Municipal de Palmira, quien al absolver los interrogantes formulados por la parte actora en el escrito de demanda, de conformidad con el artículo 217 del C.P.A.C.A. (folios 510 a 520, C.1.), los absolvió de la siguiente forma.

Comienza por establecer que el municipio de Palmira en los años 2010 y 2011, tenía en pleno funcionamiento un Comité Local para la Atención y Prevención de Desastres, que fue reemplazado a partir de la expedición de la Ley 1523 de 2012 por el Comité Municipal de la Gestión del Riesgo de Desastres.

Pone de manifiesto que el Municipio de Palmira conoció y evaluó las constantes alertas que desde junio de 2010 y desde noviembre de 2011 hizo públicas el IDEAM, pero indica que era intratable el manejo de las lluvias extremas que se presentaron en su territorio, las mayores registradas en 114 años en la estación hidrometeorológica de La Rita en Manuelita. Precisa que no era viable estimar que las lluvias generarían caudales irresistibles en su red hidrológica, ni saber que coincidirían al tiempo, caudales máximos del río Cauca y sus afluentes; los ríos Bolo, Palmira, Fraile, Guachal, ni mucho menos controlar los caudales irresistibles generados en toda la margen derecha del río Cauca. Dispuso que no era dable impedir que los caudales del río Cauca ingresaran por las cuencas de sus ríos

afluentes y por los cauces de zanjones, que eran drenajes naturales de la margen derecha del río Cauca, avenaban las aguas desbordadas y fueron transformados en zanjones para riego de caña, haciendo uso del derecho de dominio en propiedad privada, con pendientes diferentes a las naturales y diques artificiales de tierra que obstruyeron sus funciones de desagüe.

Revela que el Municipio de Palmira en los años 2010 y 2011 ha realizado acciones de monitoreo “...del estado de los diques de la margen derecha, cuya longitud total es de 39.000 metros; de los diques del río Cauca, más aproximadamente 40.000 metros de diques de los ríos Bolo, Palmira, Fraile-Guachal- Amaime, sumados a los diques de los zanjones; Tortugas, Tumaco y Rozo, que los propietarios de predios, haciendo uso de la propiedad privada, modificaron a mutuo propio para cultivos de caña desde la segunda mitad del siglo 20, alterando y confinando sus cauces hídricos y dotándolos de diques artificiales, mediante diseños de obra trazados, replanteos, cotas de las coronas y memorias técnicas, que jamás conoció el Municipio de Palmira.”. De igual manera alude que se realizó “...control de hormiga arriera diseminada por todo el territorio debido a la devastación de las especies de fauna que anteriormente ejercían control biológico sobre sus poblaciones...”.

Conceptúa que “La ruptura de los diques de los zanjones entraña gran responsabilidad para las personas que los diseñaron, replantearon y construyeron, como diques confinantes aislados de los humedales, clausurando su función de drenaje natural. Entraña responsabilidad civil para los interventores de las obras de ingeniería, que debieron garantizar el uso de suelos adecuados, la compactación requerida, su localización respetando las distancias de ley desde los cauces hídricos y las pautas para construcción de diques de tierra, contenidas en el Acuerdo 23 de 1979. Pero se construyeron a escasa distancia de los cauces hídricos, conformando secciones hidráulicas demasiado estrechas.”.

Concordante con lo anterior, sobre la verificación del estado de los humedales y madre viejas por parte del Municipio, pone en conocimiento que “...desde 1954, con la visita de los expertos de la Misión Lillienthal Valle, se procedió a desecar esos humedales y madre viejas, para ampliar la frontera agrícola y se procedió a “adecuar” las tierras en la zona de influencia del Cauca y de sus afluentes o corredor del río Cauca, en Palmira y en el Valle. Progresivamente fueron rellenándolos y desecándolos, utilizando escombros y

grandes árboles talados, para taponarlos. Es el caso de los humedales de Palmira; desde Juanchito a Caucaseco, Matapalos y La Torre. El Municipio de Palmira si ha verificado el estado de los vestigios de humedales que adoptó en el POT 2001, tras 60 años de acciones erradas encaminadas a rellenarlos y taponarlos para así incorporarlos a la frontera agrícola de la caña de azúcar, que se extendió hasta los cauces de los ríos. Los vestigios subsisten a pesar de la estrategia de la tecnología productiva para incorporarlos a sus suelos de uso agrícola intensivo. Al rellenar y taponar vasos comunicantes y madre viejas, quedaron desconectados los conductos superficiales, freáticos y subterráneos que formaban una red hidrológica con el río Cauca y afluentes y permitían el drenaje natural de todo valle geográfico de sur a norte. Ahora los diques prediales confinantes en anillos, las coronas de riego, la red de vías internas atravesadas en sentido de oriente a occidente, y las vías con puentes sin luz suficiente para el flujo natural de las aguas de crecientes de los ríos están obstruyendo el drenaje natural.”.

Sobre la pregunta de detallar cuáles obras adelantó el Municipio para la adecuación de diques, con la indicación precisa de los contratos respectivos, sus fechas, sus actas de iniciación y terminación, detalla que “Los Municipios colombianos no pueden invertir los recursos públicos en la adecuación de predios privados. Las grandes obras de adecuación en proyectos de control de inundaciones; los macroproyectos como el PJAOC de Cali, demandan inversiones superiores a los presupuestos anuales de los Municipios. En primer lugar porque carecen de recursos suficientes derivados de los impuestos para atender las necesidades de salud, educación, gestión del riesgo, en todo su territorio que en el caso de Palmira es de 116.200 hectáreas entre el páramo de Las Hermosas y el río Cauca. La superintendencia de las obras de regulación de caudales hídricos la ejerce desde su creación la CVC, que controla los diseños y la ejecución de todas las obras para construcción de “jarillones”, regulación de caudales hídricos y control de inundaciones, como reza textualmente en el acuerdo 23 de septiembre 12 de 1979. La magnitud de las obras de adecuación y control de inundaciones derivadas de los impactos del cambio climático en la margen derecha, puede superar la magnitud de las obras de protección de Cali, cuyo costo calculado por el Fondo Nacional de Adaptación es de 1 billón 300.000 millones de pesos del proyecto PJAOC. Esas obras se ejecutarán previa la realización de estudios técnicos adelantados por especialistas en hidráulica y afines de la Universidad del Valle, el OSSO, CVC.(...)El Municipio de Palmira se ha dirigido al Fondo Nacional de Adaptación demostrando su vulnerabilidad ante la realidad climática del

calentamiento global y la magnitud de los caudales hídricos generados entre noviembre y diciembre de 2010 y 2011, urgiendo la realización de obras de adecuación paralelas, que le garanticen la estabilidad de los diques del río Cauca y de sus afluentes y la recuperación del equilibrio en la margen derecha.”. Agrega que “El Municipio de Palmira destinó todos los recursos disponibles en la gestión de prevención de desastres que causaran daño a la población por inundaciones lentas y súbitas, derrumbes, vendavales; desde las riberas del río Cauca y los predios inundados en cuencas bajas hasta la cordillera Central y movilizó a todas las Secretarías en ese empeño.”.

Por último, se cuestiona el ejercicio entre junio de 2010 y diciembre de 2011, del poder de policía que le asiste al municipio de Palmira para conminar, emplazar, exigir o apremiar bajo advertencia de sanción, a cualquier vecino de los sitios exactos en que se produjeron las rupturas de los diques, para que se elaborara por el respectivo vecino o riberano las obras que legalmente le correspondían. A lo anterior se responde por la entidad territorial que ni ella, “...ni los expertos ingenieros hidráulicos del sector privado, ni los expertos de las Corporaciones Autónomas Regionales podían saber si se producirían y donde se producirían las fallas y las rupturas de los diques de control de inundaciones, desbordadas por fuerzas hidráulicas irresistibles en la cuenca Magdalena Cauca.”, mencionando a renglón seguido que “La pregunta entraña una gran verdad respaldada por el acuerdo 23 de 1979 y el acuerdo 052 de 2011 que lo subroga, al decir que son los propietarios privados los responsables de ejecutar las obras de adecuación de sus predios para el cultivo de caña, lógicamente con la supervisión técnica y el control de diseños y ejecución de obras de la CVC. Respetuosamente manifiesto que las obras hidráulicas como diques para regulación y el control de caudales hídricos, se diseñan y se construyen para largos tramos donde coincida el régimen fluvial y la morfología fluvial, como el valle geográfico del Cauca. El Municipio no podía urgirle a ningún vecino a realizar adecuaciones puntuales en los diques, porque las adecuaciones son de largo alcance y además sin contar con los diagnósticos y con los diseños aprobados por la Autoridad Ambiental. Los Municipios del Valle necesitamos recursos para el ordenamiento del territorio de la margen del río Cauca y la ejecución de las obras de conjunto regional de acuerdo a los registros y las simulaciones de caudales hídricos, que se hicieron en todo el corredor del río Cauca; desde el vaso regulador de Las Salvajinas hasta el río La Vieja en Cartago y deben contemplar toda la red de protección hidrológica de Palmira.”.

PRUEBAS TESTIMONIALES:

- Declaración del señor Carlos Alberto López López, quien manifestó no tener vínculo de ningún tipo con las partes, de profesión Ingeniero Agrónomo, quien expuso lo siguiente:

“(…)

PREGUNTADO: Por qué no nos explica las razones porqué se rompió el dique.

CONTESTO: La razón de por qué se rompió el dique, por qué lo rebasó, las aguas del río Palmira. Lo que pasa es que lo que le decía yo ahora, el río Fraile viene con las aguas del río Bolo en ese punto, ya son dos río mejor dicho que vienen ahí, y en donde desemboca el río Palmira, el volumen de agua del río Fraile lo frena al río Palmira, y entonces el río Palmira tiene que nivelarse o sea que se represa hasta que empiece a salir por encima. Lo que sucedió fue que cuando se rompió el dique, empezó a salir el río Palmira, disminuyó la presión y por ahí se metió el río Fraile, se devolvió pues, entonces eso empezó con un boquete como diga usted de unos 15 metros y llegó a ser de 50 metros. (...) PREGUNTADO: Entre el 2008 y el 2010, año de la primera de las inundaciones que han motivado, han causado este proceso, cuál fue la actuación de la C.V.C. en cumplimiento de sus obligaciones legales de velar por las cuencas hidrográficas, por la salud de las corrientes de agua, por el buen estado de los jarillones. Usted como vecino de la zona y con conocimiento de causa, puede explicarnos. CONTESTO:...la C.V.C. debe revisar, estar pendiente cuándo se hace un dragado, para poder de que aumentara la capacidad de transporte de agua del río. También debe estar revisando cómo es el estado de los jarillones, hacer las topografías, si los jarillones tienen bajos y remediar eso. Entonces con relación a eso tengo que decir es que no se realiza, por ejemplo, la descolmatación del río, si el río se hubiera descolmatado tendría mayor capacidad de transporte y de seguro no se hubiera reventado, que ya lo hizo, es la experiencia de que ya lo hizo en el año 93 o 95, no recuerdo exactamente...PREGUNTADO: Concretando más a un período específico la pregunta, entre 2008 que usted ya nos narró, lo que sucedió con una inundación que se ubicó exclusivamente en un predio porque le dieron buen manejo al romper un jarillón, pero entre ese evento y el de finales del 2010 usted como vecino de la zona, notó presencia activa de la C.V.C. examinando los cauces de agua, examinando la calidad de los jarillones, etc. CONTESTO: La respuesta es lo

que yo acabo de mencionar, que no toman las acciones que se deben hacer para solucionar los problemas, la descolmatación y en el estado de los jarillones. Quiero agregar, en las dos inundaciones no fueron en los predios de nosotros, fueron fuera de los predios de nosotros, nosotros sufrimos las inundaciones que venían de otros lados, quiero decir con esto que el estado de los jarillones de nosotros estaban bien. (...) PREGUNTADO:...qué sucedió después de que se produjo la primera inundación del año 2010, qué tratamiento se le dio, cuándo ustedes se consideraron secos nuevamente para volver a sembrar. CONTESTO: Después de la inundación del 2010, nosotros o en la zona, se empezó, porque se perdió la caña, se hace todo el proceso de preparación, lo que quedó, los restos que quedaron hay que arrancarlos, de cepada (sic) se llama eso, de cepa, pero hay que esperar que el terreno esté seco para que pueda entrar la maquinaria, para que pueda funcionar pues porque en agua barro no funciona ni el tractor ni el implemento. Nosotros en el 2011 se pudo volver a sembrar en agosto del 2011, se pudo volver a hacer la nueva siembra...y después ya cuando la caña estaba, el 17 de diciembre de 2011, sucedió la otra inundación. PREGUNTADO: Sírvase describirle al Tribunal cómo sucedió esa segunda inundación y en qué parte se produjo la ruptura de los diques. CONTESTO: La historia en el año 2011 es que la C.V.C. hizo trabajos en el río Guachal. Inicialmente dijeron que iban a descolmatar el río, o sea sacar del fondo del río los excesos que tenía de barro, pero eso no se hizo, si no que se hizo un corte aguas abajo en la berma del lado derecho, porque se hizo un corte en la berma del lado derecho, porque como ya mencioné el del lado izquierdo del jarillón viejo desde el año 93 o 94 que se había depositado lo que había sacado la C.V.C. del río, no dejó berma, o sea que por ahí solo se podía transitar por encima del jarillón y se necesitaba una draga, una pala grúa gigantesca para poder estar montado en el jarillón y tirar la pala para sacar del río, eso fue imposible. Porque tampoco se podía sacar de un solo lado, porque usted no puede abrir un hueco de un solo lado entonces se nos arma la cueva, eso fue lo que nos pasó en la inundación del 2011. Entonces la C.V.C. hizo desde la desembocadura del río Guachal en el río Cauca, cortó la berma unos 2 metros en ángulo de 45 grados para formar el talud, y cortó los árboles que habían en la berma del río Guachal, no dejó ningún árbol sobre la berma derecha del río Guachal aguas abajo. Porque en la berma izquierda, mejor dicho no había berma, el jarillón está sobre toda la orilla del río, eso fue un trabajo que hizo la C.V.C. en el año 2011. También hizo otro trabajo sobre el Zanjón Rojo, que el Zanjón Rojo está fuera del

predio de La Selva, está en la Argelia que es propiedad de los Scarpetta, ahí está el Zanjón Rozo. La C.V.C. hizo en ese zanjón, ahí sí le sacó los sedimentos al zanjón y lo amplió...Cuando ahora en el año 2011 la C.V.C. hizo la descolmatación del Zanjón Rozo y lo amplió, se debilitó la cantidad de tierra que tenía sobre las bolsas de arena,...y lo rompió no por encima...aquí no rebasó sino que el Zanjón Rozo lo rompió por debajo por la bolsa, rompió por debajo y se llevó el jarillón y por ahí nos inundamos otra vez, eso fue gravísimo también... PREGUNTADO:...sírvase decirnos, en este segundo evento de inundación,...en esta nueva inundación en el 2011, usted y los propietarios de la zona también sufrieron pérdidas. CONTESTO: Yo volví a perder la siembra que...había iniciado en agosto de 2011, esa nueva inundación fue el 17 de diciembre de 2011, que fue una pérdida total otra vez, por segunda vez, del área que había sembrado. PREGUNTADO: De sus declaraciones anteriores, podemos concluir que la C.V.C. si ha ejecutado en el pasado obras, que las ha ejecutado en el 2011, y que como cualquiera puede verlo en los medios de comunicación, sigue ejecutando obras, es eso cierto. CONTESTO: Eso es cierto. Como comenté anteriormente en el 2011 se hizo el corte en la berma aguas abajo al lado derecho, solo se hizo en un lado como ya dije, no se pudo hacer en el otro porque no había berma y había que subirse al jarillón, entonces no tuvo la maquinaria la C.V.C. para hacer eso, y lo otro fue que ese mismo año se descolmató el Zanjón Rozo no teniendo en cuenta de que eso, allí existía, que ya se había roto en el año 77, 78, que la misma C.V.C. lo había solucionado, nos había indicado cómo se debía hacer el jarillón de nuevo, se corrió un poquito, se dejó más berma..., y eso funcionó desde el año 1977 hasta el 2011, hasta que el Zanjón se metió por debajo, por las zonas de las bolsas de arena, o sea que la C.V.C. hizo trabajos para solucionar la situación del río, no lo descolmató como era lo más lógico, sino que abrió la berma como dije, y en el Zanjón Rozo descolmató y amplió y debilitó, la zona donde estaba la tierra que protegía las bolsas de arena (...) PREGUNTADO: Perfecto, pero usted me menciona que ellos hicieron, quiénes. CONTESTO: La Zona Franca...el jarillón que rodeó a la Zona Franca. La C.V.C. hizo obras ahí de la berma en el año 2011...PREGUNTADO: Usted menciona que desde el 73 hay un distrito, una unión de propietarios que empezaron a explotar la zona, al mismo tiempo me menciona que existen obras de protección contra inundaciones y que ustedes tienen bombas de drenaje, de riego y de drenaje, o sea, explíquenos por qué razón hay todas estas obras, existen todas estas obras para desarrollar su actividad.

CONTESTO:...si no existen los diques sobre el río Guachal, entonces no habría control cuando el río en las épocas lluviosas sube de nivel, es más, el diseño de los diques y la interventoría fue realizado por la C.V.C. PREGUNTADO: Explíquenos ingeniero entonces si ustedes son conscientes de que esa zona es inundable. CONTESTO: Cuando sube el río si es inundable, yo creo que la C.V.C. también debe considerarla si sube el nivel del río. Nosotros estamos en una zona que llueve muy poco, pero vuelvo y repito que eso fue un diseño que hizo la C.V.C., tal vez fue el primer diseño que se hizo en esa zona, lo realizó la C.V.C., la ingeniería de la C.V.C. (...) PREGUNTADO:...usted no asistió a ninguna reunión, no tuvo ningún llamado de la C.V.C. para tomar medidas en su predio. CONTESTO:...a reuniones si me han citado y yo he ido, y he participado, es más, tengo el formato que dieron para...las normas que se exigen para hacer arreglos en el jarillón, eso lo tengo, yo no estoy diciendo de que la C.V.C., lo que estoy diciendo es que ellos no han ejecutado, si han estado yendo porque allá iba el fontanero, no lo puedo negar...PREGUNTADO: En esas reuniones que usted ha asistido, le han informado de quién es la obligación de hacer las reparaciones o el mantenimiento a las obras de mitigación de inundaciones como los jarillones, los diques que están ubicados en predios privados...CONTESTO: La C.V.C. nos ha, en las reuniones que ha propuesto, eso fue ahora a partir del 2011 que es cuando se vino a cambiar, cuando ya empezaron a diseñar lo del Acuerdo 052 que eso no se conocía y yo tengo el texto de eso, eso salió ahorita en el 2011...Entonces, la C.V.C. debía hacer la descolmatación de los ríos...entonces yo puedo decir...que a raíz de la descolmatación del río que hizo la C.V.C. y a raíz de las obras que se hicieron ahora en la berma del río en el año 2011, eso no lo hicimos nosotros, ni nosotros pusimos un solo peso sobre eso, sobre esas obras del 2011, eso lo hizo exclusivamente la C.V.C., es más...cuando empezaron a cortar la berma lo estaban haciendo a 90 grados y nos iban a dejar un talud que apenas se subiera el río esto se mojara se cae, entonces tuvimos que llamar al ingeniero Mercado, para que corrigiera y le dijera a las personas que estaban haciendo eso que tenían que hacerlo con talud, o sea con un corte a 45 grados, que eso es lo otro que también tengo que decir, que en las obras que ustedes hicieron del Zanjón Roza, que eso fue en el 2011, ustedes hicieron unas obras que llevaron a unas personas que manejaban unas pala grúas sin experiencia en el manejo de dragar o de sacar la colmatación de los zanjones, y por eso fue que ellos no dijeron que existían las bolsas, que ya lo he dicho y lo he repetido varias

veces, y se cometió el error y por ahí nos inundamos, o sea que ellos si han ejecutado, no han dejado de ejecutar...PREGUNTADO: ...en el 2011, la C.V.C., usted vio que hicieron obras, nos dice, esas obras fueron de qué carácter, fueron de carácter preventivo, de mantenimiento o fueron consecuencia de la emergencia. CONTESTO: Las obras como ya dije fueron para aumentar el cauce del río, y eso en un solo lado, o sea que eso no estaba solucionando todo, eso fue después de la inundación del 2011, pero eso sólo lo realizó la C.V.C....., nosotros no participamos. (...)"

- Testimonio del señor Oscar Ramírez Benjumea de profesión Ingeniero Agrícola, quien precisó ser Profesional Especializado de la Dirección Técnica Ambiental de la C.V.C. y expresó sobre los hechos lo siguiente:

"(...)

PREGUNTADO: Y entonces con base en la demanda y en las inundaciones que tiene que decir sobre eso. CONTESTO:...esta zona fue muy particular en la ola invernal 2010 – 2011, porque hubo muchos eventos de inundación, en ese territorio, y a raíz de eso estudiamos todo el tema hidrológico e hidráulico, y reunimos alguna información importante que sirvió para apoyar todas las decisiones técnicas que en algún momento se tuvo que tomar allí...PREGUNTADO: Háganos el relato preciso de lo que conoció sobre el caso de ellos...CONTESTO: Bueno, en ese año tuvimos un evento climático conocido como el Fenómeno de La Niña, que es un evento macro climático en un sub evento que se llama variabilidad climática, que implica que cada vez vamos a tener eventos de lluvia más altos o de sequía más bajos. En ese año tuvimos el evento hacia las lluvias, más conocido como el Fenómeno de La Niña, esto ocasionó que en todo el territorio nacional, no solo en el Valle del Cauca, los niveles de los ríos empezaran a subir a unos niveles que no habíamos registrado en el Valle del Cauca, fueron los máximos históricos, los cuales pudimos obtener registro, o sea en esta generación no los habíamos visto antes, y esto presionó las obras de protección contra inundaciones que en muchos casos entonces empezaron a fallar y a generar inundaciones. Específicamente en esa zona hubo, inclusive desde el año 2008, cuando fue el anterior Fenómeno de La Niña, eventos de ruptura de diques que generaron constantemente amenazas al sector agroindustrial y al sector, bueno sobre todo al sector agroindustrial y luego a otro sector que hay manufacturero allí.

Específicamente en el 2010, hubo un rompimiento de un dique sobre el río Palmira, cuyas aguas llenaron un vaso de almacenamiento allí que se llama El Bajín de Cantarrana. Esas aguas, siguiendo un recorrido natural de drenaje o buscando pendiente para caer al río Cauca, pues inundaron todos esos sectores que estaban comprendidos entre el río Palmira y el Zanjón Rojo que es el final del Bajín de Cantarrana. Posteriormente, iniciaron una serie de eventos asociados también con inundaciones sucesivas, que fueron inundando áreas de ese Bajín, y en el 2011 también se presentó entonces el rompimiento de un dique sobre el Zanjón Rojo que fue el que inundó el predio que me están citando. PREGUNTADO:...explique a qué obedece el rompimiento o a qué obedeció el rompimiento de los diques. CONTESTO:...los diques son unas obras hidráulicas que se construyen siguiendo una metodología, una técnica, una ingeniería muy precisa, para lograr que ellos tengan una altura suficiente para que el nivel del agua no la sobrepase y que tengan una estructura suficientemente fuerte para soportar la presión que ejerce el agua sobre ellos. Como los niveles en esa ola invernal, los niveles permanecieron tanto tiempo, por mucho tiempo altos, era una forma de poner esas estructuras en prueba, era como una prueba a ver qué tan bien habían quedado, habían sido hechas. Estas estructuras como cualquier edificio...requieren de mantenimiento, son estructuras que son de suelo que se pueden asentar, son estructuras que pueden tener daños externos, como por ejemplo uno muy frecuente que conocemos, los daños que hace la hormiga arriera. La hormiga arriera hace unas cavernas dentro del dique que debilitan su estructura. Muchas veces se tapan las cavernas pero no se rellena el hueco que está allá dentro y es algo que es muy difícil de ver, muy difícil de observar desde la superficie. Los diques deben estar siendo realzados, dependiendo de su asentamiento, no se debe permitir cierta actividad sobre ellos, por ejemplo que crezcan árboles de gran tamaño, en fin, deben tener un mantenimiento adecuado de tal manera que cuando viene la emergencia ellos respondan a eso. Por eso en niveles tan altos muchos de esos diques empezaron a colapsar y generaron las inundaciones. Una característica que se tiene es que los diques no fallaron porque el agua haya superado el nivel del dique, sino porque ellos internamente en su estructura presentaban fallas. PREGUNTADO: Quién le corresponde la construcción de esos diques, a qué entidad. CONTESTO: Esa construcción le corresponde al propietario. A manera de antecedente lo que conozco del ejercicio de la Corporación, en su primera etapa la C.V.C. desarrolló unos diques, luego esa función nos fue retirada,

porque el Estado no puede invertir en predios particulares, salvo que sean centros poblados...cuando un propietario va a hacer un desarrollo, una adecuación de tierras y va a construir un dique, ese dique lo debe construir él. PREGUNTADO: Particulares construyen diques sobre aguas públicas. CONTESTO:...los diques se construyen sobre la berma de los ríos, lo que llamaban la llanura de inundación del río. Los particulares cuando hacen un proceso y piden un permiso para construir un dique, una protección, lo deben hacer. (...) PREGUNTADO: De manera técnica por qué no nos ilustra, por qué no ilustra al despacho, a las partes, cómo se construye un dique. CONTESTO: Cuando se va a construir un dique primero hay que determinar para qué se construye el dique, para qué quiero yo proteger un predio con un dique, entonces, si hay diferentes niveles de riesgo, si yo quiero proteger un cultivo, si por ejemplo, en este caso puede ser la caña de azúcar o cualquier otro cultivo, se admite cierto nivel de riesgo porque la construcción de un dique es algo costoso. Entonces, primero se deben conservar unas normas que hay sobre la separación de esos diques desde la orilla del río, segundo se debe estudiar la hidrología y la hidráulica del río para saber de acuerdo a los caudales que se van a generar hasta dónde puede llegar el nivel del río, y se obtiene lo que es una arquitectura del dique, o sea una forma, normalmente es trapezoidal, con unos taludes o unas pendientes hacia el río y unas pendientes hacia la zona seca. Eso se hace con los datos del río, del caudal del río. Luego se empieza entonces a estudiar es cuánto nivel, cuánto tiempo va a durar el nivel en el río presionando el dique para poder diseñarlo estructuralmente. O sea eso ya nos da el ancho del dique, el material que debe tener allí internamente, cómo debe estar compactado para que esos niveles, como el objeto del dique es detener el agua, pero como son de tierra, el agua de todas maneras empieza a ingresar en el dique, por más compactado que esté ese dique el agua empieza a ingresar. Lo que se busca aquí es que el ancho del dique sea tal, que...el agua no pueda atravesar toda la estructura del dique. Cuando el agua atraviesa toda la estructura del dique, allí es donde empiezan a haber problemas de fallas, se crea una conductancia, una conducta hidráulica entre el río y la pata del dique. Esa es la que me refiero que se disminuye el tiempo cuando hay errores o hay fallas, o hay hormigas arrieras, o hay raíces de árboles que se han podrido y han formado canales, entonces cuando ya el agua puede ingresar a la estructura del dique ya puede empezar a presentar fallas (...) PREGUNTADO: Me había solicitado utilizar alguna ayuda. CONTESTADO: Si, unas imágenes que traigo

para contextualizar el tema hidrológico e hidráulico de la zona, porque me parece importante para que haya una ilustración de lo que sucede allí realmente cuando los niveles están altos. (...) cuando llega el desarrollo agroindustrial, obviamente no podemos estar inundándonos con una frecuencia de unos dos años, que es lo que científicamente se ha demostrado que un río toma para salirse de su lecho en el valle, entre otras cosas porque es un fenómeno natural que permitía la fertilización de los suelos, en fin unos procesos biológicos importantes...hay un grado de amenaza, un grado de inundación. Cuando uno mitiga la inundación no significa que nunca se va a inundar, cuando yo construyo un dique no significa que nunca me voy a inundar, porque el dique, los diques incluso se diseñan para un período de retorno, para la agricultura es de uno en treinta años...PREGUNTADO: Eso es a nivel mundial...A nivel mundial se trabaja con ese esquema que usted indica. CONTESTO: Cada país tiene sus normas, por ejemplo en países que sufren mucha inundación, los países bajos como Holanda, Bélgica (sic), son muchos más estrictos con eso. Para la agricultura son uno en treinta años, para nosotros, para proteger una población como Cali, el dique de Aguablanca, es de uno en cien años y actualmente se está revisando el diseño para que sea de uno en quinientos años, por qué, es diferente si se me inunda una caña a que se me inunde una población de Cali. Entonces, por eso el dique para uno en quinientos años de Cali va a ser un monstruo, va a ser una cosa muy grande, que va a costar mucho dinero...PREGUNTADO: Quisiera pasar a una afirmación que hizo el apoderado de Bernal Vallejo y Cía., en el sentido que la C.V.C. no o hizo caso omiso a las alertas que lanzaba el IDEAM sobre la ocurrencia del fenómeno invernal, Fenómeno de La Niña, cuál fue la labor, específicamente suya, en el grupo en que usted trabaja durante el Fenómeno de La Niña en esa emergencia invernal. CONTESTO: Bueno, el grupo donde yo trabajo se llama el Grupo de Sistemas de Información Ambiental, nosotros estamos a cargo de la red de monitoreo hidroclimatológico de la C.V.C., es una red que recibe, transmite la información de las estaciones a través de un satélite ambiental de la NOAA de los Estados Unidos que se llama el satélite GOES, y por ese medio también recibimos toda la información que esta institución que es digámoslo autoridad a nivel mundial en cuanto al clima, reúne, acopia y resume todo lo que hay sobre fenómenos macroclimáticos y los envía a sus usuarios a nivel mundial. Aquí en Colombia solo somos 3 entidades miembros de esa red mundial de observación de la tierra, que son EPM Medellín, el IDEAM en Bogotá y la C.V.C.

Por lo tanto a pesar de que el IDEAM mande unas alertas a nivel nacional, nosotros a nivel regional las aterrizamos, por decirlo así, les disminuimos la escala y las ponemos a nivel regional porque nosotros también recibimos ese tipo de información. A su vez tenemos una red de monitoreo automática que transmite esa información y nos permite conocer cuál es el estado de las cuencas sobre todo en el Departamento del Valle del Cauca y sobre las cordilleras, lo cual nos permite hacer unos avisos temprano. Si nosotros vemos que está lloviendo mucho sobre una cuenca hacemos un aviso sobre posibles ocurrencias de eventos, no lanzamos alertas, nos estamos preparando para eso pero no lanzamos alertas, porque la alerta es un fenómeno instantáneo y una alerta es algo que ya se dio. Por ahora avisos para que la gente se prepare para lo que puede suceder (...) PREGUNTADO: Entonces el grupo en el que usted trabaja para la C.V.C. tuvo pleno conocimiento y lanzó los avisos oportunamente a medida que los fueron conociendo. CONTESTO: Tenemos nuestra oficina de comunicaciones donde constantemente estamos avisando lo que está sucediendo. Tenemos un boletín diario del clima y en ese boletín y en esos informes se lanzan estos avisos y cuando son relativamente del corto plazo o los que son de largo plazo, por ejemplo que nos están anunciando que viene un Fenómeno de La Niña, eso nosotros lo reproducimos por los diferentes medios, pues constancia de eso es lo que hay que verse en los medios, estamos hablando de que la gente se prepare porque vienen los eventos que pueden generar consecuencias. PREGUNTADO: El demandante afirma que la inundación que sufrió La Selva durante la temporada invernal ocurrida en los años 2010 – 2011, se debe de entender como una cadena de eventos. Guardan algún tipo de relación estos dos eventos, la inundación del 2010, el Fenómeno de La Niña del 2010 con la del 2011, hubo una sola Niña, hubo cuántas niñas en ese período. CONTESTO: Climatológicamente no guardan relación...en el 2010 tuvimos un fenómeno de El Niño hasta marzo de 2010...y en agosto empezó el Fenómeno de La Niña, que fue hasta diciembre y marzo de 2011. Todos los modelos hidroclimatológicos a nivel mundial decretaron que La Niña se había ido, que ya entrábamos en un proceso neutro, sin embargo, cuatro meses después, por lo impredecible que es el clima, ese fenómeno volvió...si hubo alguna conexión, climatológicamente no porque son dos fenómenos diferentes y las dos inundaciones que se presentaron en ese predio tuvieron que ver con daños en sitios diferentes, entonces no habría relación de un fenómeno con otro. PREGUNTADO: En cuanto a la parte de las obras de mitigación, o sea diques..., existe algún tipo de

forma de saber exactamente dónde va a presentar una ruptura, una fractura, algún tipo de daño. CONTESTO:...los diques se ven afectados, los factores externos son muchísimos, los árboles, el mantenimiento, el ganado, la hormiga arriera, la misma erosión que genera el río sobre la estructura; muchas veces es muy difícil ver si un dique, por decirlo de una forma análoga, está enfermo. En el Valle del Cauca tenemos alrededor de 1.800 km de diques construidos, 1.800, o sea que eso sería algo así como ir de aquí al sur de Perú o ir de aquí arriba más o menos a Honduras,...o que conocer el estado de los diques es un poco complejo, es mas de seguimiento que pueda tener el propietario sobre esos diques, que es el que está directamente relacionado con la inmediatez geográfica en donde está haciendo uso del suelo...o sea que a esa pregunta, es difícil. Hay unas cosas muy evidentes como la erosión lateral o las hormigas cuando están, cuando se pueden ver los hormigueros, pero en la mayoría de los casos estos daños no se pueden percibir. El otro es el asentamiento, el cual solo se percibe cuando se puede hacer una medición topográfica detallada, donde uno sabe que el dique se está asentando. Las personas que están en el medio, que conocen el dique en su zona, que constantemente transitan la zona, cultivan, cosechan, abonan, riegan, todos esos son los que tienen una relación más directa con el dique y podrían saber qué es lo que está sucediendo, eventualmente. PREGUNTADO:...finalmente usted nos explicaba que la hacienda La Selva queda en la parte final, es decir, las inundaciones ocurridas en esa época 2010 – 2011, el agua que se transportó, finalmente concurría hacia esa parte y a dónde se iba. CONTESTO: El agua se mueve por a fuerza de la gravedad en estos casos. Como naturalmente eso era un Bajín de Cantarrana era un drenaje natural, por eso cuando hubo ingreso de agua muchos kilómetros atrás, en la hacienda La Selva finalmente el agua fue a converger allá, y cuando hubo un rompimiento incluso aguas abajo de La Selva, el agua vino a converger allí porque esa es precisamente la condición a la que me he referido de bajín, el agua termina en ese sector. Aún como lo decía, sin rompimiento de diques, cuando llueve en toda esa cuenca, los drenajes van a terminar allá, de ahí que aun no estando bajo un efecto de una inundación por los ríos, puede haber una inundación por precipitación que esas son más controlables, porque los propietarios automáticamente tienen que drenar esa agua a los ríos, en este caso al Zanjón Roza o al río Cauca para que esa precipitación no los inunde. PREGUNTADO:...el apoderado de la parte demandante no decía que la C.V.C. hizo unas obras en 2010 – 2011, lo mismo nos dijo un testigo hace un

momento, que la C.V.C. incurrió en unos costos, en unas obras durante este tipo de eventos, durante esta temporada invernal, qué tipo de obras y por qué las hizo la C.V.C., de dónde salieron los recursos. CONTESTO: Como estábamos bajo el tema de contingencia y todo el territorio nacional tenía problemas de inundación, hubo del orden nacional un programa que se llamó Colombia Humanitaria, del cual a nivel general se generaron unos recursos para hacer intervenciones donde era más precisos. Eso era un tema de mitigación y lo que conozco aunque no era mi responsabilidad en ese momento, la C.V.C. administró algunos de esos recursos para sacar material de unos ríos, para mejorar la capacidad hidráulica y tratar de que no hubieran más fenómenos de inundación, en el marco de que el Fenómeno de La Niña iba a ser muy largo...PREGUNTADO:...en términos de causa a efecto, cuál es la causa y cuál es el efecto entre la corriente del agua y el dique, me explico, la corriente del agua es la que es contenida por el dique, cuando la corriente de agua se vuelve lo suficientemente fuerte es la causa de que los diques se rompan, o una de las causas eficientes de que los diques se rompan. CONTESTO: Tendríamos que diferenciar y me gustaría aclarar el tema corriente y caudal, para que no se entienda que corriente es la fuerza con la que el río va en el sentido longitudinal, o sea, hacia aguas abajo..., el caudal es el que me genera lo que se puede llamar el cauce del río...cuando el caudal aumenta entonces el nivel también el cauce aumenta. Lo que busca el dique precisamente, que es una obra de ingeniería que debe tener un diseño idóneo o un diseño ingenieril, es tratar de que ese nivel no sea superado, o sea que el nivel máximo que me genera la corriente por ese caudal, el dique sea más alto con un margen de seguridad para que ese nivel no sobrepase, y desde el punto de vista de la ingeniería esa obra tenga la suficiente fortaleza para presionar una cosa técnica que se llama la presión hidrostática, que genera el caudal y el nivel del agua sobre el dique. En la medida que el nivel sube, la presión hidrostática es más fuerte, entonces cuando uno proyecta los niveles por eso los diques tienen que ser más fuertes, más esbeltos, con mayor compactación y mayor altura (...) PREGUNTADO: Es la autoridad ambiental del Valle del Cauca, o sea la C.V.C., la encargada del cuidado global, por decirlo así, macro de las cuencas, por encima de las situaciones puntuales de predio a predio. CONTESTO: La Corporación vela por el mantenimiento de todos los recursos naturales que está bajo el área de nuestra jurisdicción...Un río es un drenaje de una cuenca hidrográfica y en las cuencas hidrográficas es donde se capta esa lluvia. PREGUNTADO: La pregunta es el mantenimiento a quién está

atribuido. CONTESTO: No, el mantenimiento de los ríos, cuando ese río, mantenimiento propiamente del río, cuando el río tiene influencia sobre una población, entiendo que la Corporación lo debe hacer, cuando no tiene influencia sobre un centro urbano, no lo debe hacer. (...) PREGUNTADO: Pero reitero señor testigo, si existe una autoridad ambiental es porque tiene una jurisdicción y si tiene una jurisdicción es porque tiene un área geográfica específica sobre la cual ejerce esa jurisdicción. La pregunta es, puede un propietario específico tener poder, autoridad o injerencia en lo que hagan o dejen de hacer los propietarios aguas arriba o aguas abajo. CONTESTO: Un propietario específico al que yo me refiero, tener autoridad diría yo que autoridad no tiene,...pero, quiero aclarar aquí algo, es un territorio bastante amplio, es un territorio bastante complicado, bastante heterogéneo, en donde pueden suceder cosas y los mismos propietarios no van a darse cuenta qué es lo que puede estar pasando con el dique. Entonces a la pregunta que me hace diría yo que un propietario, yo no tendría autoridad sobre mi vecino para decirle haga eso o no lo haga.
(...)"

- El señor Samir Chavarro Salcedo, quien señaló ser Ingeniero Civil adscrito a la C.V.C. ejerciendo el cargo de Profesional Especializado de la Regional Pacífico Este, sede Dagua, se le interrogó sobre los supuestos fácticos objeto del litigio y declaró lo siguiente:

"(...)

PREGUNTADO: Durante su gestión como Director Territorial de la Dirección Ambiental Suroriente, cuáles fueron sus acciones específicamente en el sector conocido como matapalo, donde se ubica la hacienda La Selva de propiedad de Bernal Vallejo y Cía, cuáles fueron sus gestiones en esta materia de ola invernal. CONTESTO: A partir de los eventos que se presentaron teniendo en cuenta que ya ha habido un suceso en noviembre de 2010, nosotros a través de la Dirección General de la C.V.C. se recibieron instrucciones en el sentido y se enviaron oficios a los 42 municipios del Valle del Cauca, recordándoles su responsabilidad dentro del sistema nacional de atención y prevención de desastres. En cabeza de ellos está la parte de tomar todas las acciones correspondientes a la gestión del riesgo. Se enviaron oficios a los 42 alcaldes de los municipios, participamos de todas las

reuniones del CLOPAD del municipio de Palmira; en la misma sede en Palmira se efectuaron reuniones del Comité Local de Atención y Prevención de Emergencias. Nosotros dentro del Comité Local de Atención y Prevención de Emergencias hacemos parte entre otras instituciones, nosotros entramos en la asesoría técnica. A nivel interno hacíamos recorridos permanentes vigilando los causes de los ríos, en este caso el río Guachal, río Cauca, río Zanjón Rozo, pues porque estaban en la zona de influencia todos los ríos que conformaban la red hídrica de esta zona. Se enviaban como resultado de estas visitas, se enviaban los informes a los municipios, también se enviaron requerimientos a los propietarios de los predios para que efectuaran el mantenimiento preventivo de los diques a través de la página web de la C.V.C. que también se publicaban avisos..., en el programa institucional Cuentos Verdes y a través del informativo de la C.V.C. También se ayudaron y asesoraron al municipio de Palmira en la formulación de proyectos; la C.V.C. a nivel particular también formuló proyectos ante el Fondo de Adaptación que es un fondo a nivel nacional, para que destinaran recursos del Fondo de Calamidades, y a nivel particular la C.V.C. teniendo en cuenta que con la ruptura de los diques se amenazaba población, como pasó en el caso del río Fraile en la zona de occidente amenazaba la población de La Dolores. Para el caso de la ruptura que hubo en el río Palmira, en el Zanjón Rozo pues se amenazaba la población de Matapalo, Obando, La Herradura que son sectores poblados y también se amenazaba infraestructura del orden nacional como la vía que va al aeropuerto que pasa por la Zona Franca, y en algún caso podría tener alguna incidencia en todo el aeropuerto, se decidió invertir en la reparación de alguno de esos diques. Entonces producto de eso para el año 2011 a partir de abril hacia finales se hizo la descolmatación de los ríos Fraile, Bolo, Guachal; se intervino un tramo del dique del río Palmira, se arreglaron unas compuertas en el Zanjón Tumaco, se intervino también la parte del Zanjón Tortugas y río Fraile, así como también hacia los lados de Palmira y de Candelaria. Digamos que con eso se mejoraba la capacidad de estos ríos en prevención a futuras inundaciones. Digamos que producto de todas estas diligencias que hizo la C.V.C. con una inversión aproximada de veinte mil millones de pesos. Cuando vino la segunda época en diciembre de 2011, que se presentaron registros históricos, creo que se presentó el registro histórico más alto del río Cauca, de 1.100 metros cúbicos por segundo de caudal, cuando en promedio en el paso por el río Juanchito en un período normal son de 200 a 300, digamos que esto aminoró los efectos que pudo haber sido un desastre

mucho mayor. PREGUNTADO: Cuál fue la labor que desarrollaron los municipios, específicamente el Municipio de Palmira en este desastre, en esta ola invernal y cuál fue la relación de la C.V.C. específicamente en estos casos, con la C.V.C. y el municipio de Palmira. CONTESTO: Haber nosotros como C.V.C. dentro del marco de nuestras competencias pues,...nosotros hicimos mucha incidencia en que reactivaran el Comité Local de Atención y Prevención de Desastres, pues como parte de que nosotros somos parte del Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres, nosotros hacíamos recorridos y dábamos alertas tempranas para los casos en los que se presentaban crecientes del río Cauca que pudieran afectar poblaciones y los asesoramos en la formulación de proyectos, pero teniendo en cuenta que el Municipio como primera autoridad dentro de sus funciones es la de ejecutar y tomar acciones en prevención a riesgos que se pudiesen presentar. (...) PREGUNTADO: En construcción de obras de mitigación como diques por ejemplo para el riego e inundación, en el caso de las explotaciones agrícolas como el caso de La Selva o el sector como tal de Matapalo, a quién beneficia y de acuerdo con sus funciones y el conocimiento que tiene, a quién le corresponde su mantenimiento, en un caso dado su construcción y las inversiones; a quién le corresponden ese tipo de gastos. CONTESTO: Bueno en esa parte, nosotros como técnicos que trabajamos en la materia la parte de obras civiles y la parte de regulación de aguas, los Decretos 2811 y 1541 establecen las funciones a los propietarios de ejecutar el mantenimiento de este tipo de obras, o sea obras hidráulicas, diques, y en caso de que algún propietario quiera efectuar una modificación o hacer un dique nuevo para este caso pues tendría que pedir la aprobación de los diseños ante la C.V.C., pero legalmente ese es el procedimiento y la C.V.C. en ningún caso tendría que entrar a hacer este tipo de diseños; para el caso particular del predio La Selva las inversiones de mantenimiento de los diques le correspondería a los propietarios del predio. PREGUNTADO: Usted es funcionario de carrera de la C.V.C., sin embargo estuvo como Director Territorial, dentro de esas funciones en alguna ocasión usted aprobó diseños de la obra de, de obras de mitigación. CONTESTO: No, durante este período de los que tuvieron problemas con las inundaciones que presentó diseños ante la Regional Suroriente, pues cumpliendo con el procedimiento establecido, fue la Zona Franca del Pacífico, a ellos se les aprobaron los diseños mediante acto administrativo, donde presentaron todo el sustento técnico elaborado por una firma consultora y con base en esto es que actualmente los anillos de diques que vienen contruidos tienen la

aprobación por parte de la C.V.C. De allí en adelante no recibimos otro tipo de digamos requerimiento de presentación de diseños por parte de los otros propietarios de los predios, y para el caso particular de la descolmataciones que realizó la C.V.C. o a través de otros fondos, pues se realizaron unos diseños por una firma consultora que es Hidroccidente pero es para verificar la capacidad de los cauces que se intervinieron. PREGUNTADO: Usted como Director de una dirección ambiental territorial, alguna vez tuvo un funcionario destinado, con funciones de hacer monitoreo a diques en predio de particulares. CONTESTO: Digamos que los funcionarios de nosotros sí hacíamos recorridos pero monitoreando los niveles de los ríos..., pero ya para entrar a revisar todo un dique de un predio privado, teniendo en cuenta que para el caso en particular de los diques del río Cauca hay 23 kilómetros de diques construidos y para todo el Valle son 500 kilómetros, digamos que la revisión de un dique requiere una especialidad de realizar unos estudios topográficos, unos estudios de suelos, unos sondeos...digamos sería imposible para un funcionario dedicarse a revisar solo el tramo de un dique de un predio en particular. Nosotros hacemos recorridos a nivel general pero tenemos otras funciones establecidas en la Ley 99 de 1993. Digamos que ya el caso específico de detallar un dique en un solo predio ya es competencia de los propietarios. PREGUNTADO: Dado su conocimiento y su experiencia pues como ingeniero civil, en construcción de este tipo de obras y la revisión de estos diseños, estas obras se ubican de alguna manera en alguna zona que pueda considerarse pública o se ubican en predios particulares. CONTESTO: Dentro de la concepción que ha tenido la normatividad, digamos que los diques están ubicados en la mayoría de los casos en el departamento del Valle del Cauca dentro de predios particulares, digamos que hay alguna salvedad o excepción para el caso de los diques que rodean poblaciones como ha sido para la parte de la ciudad de Cali, digamos que eso ha facilitado la intervención del Gobierno Nacional, del departamento del Valle del Cauca, digamos en el Estado en general, que ha aportado recursos pero es para proteger la ciudad, pero en el caso de los diques, la mayoría están en predios particulares y beneficiando digamos a estos predios, porque desarrollan una actividad agrícola que pues genera unos recursos para ellos, de hecho, de alguna de las investigaciones que tuvimos de parte de la Contraloría...era por qué la C.V.C. iba a intervenir recursos dentro de predios particulares, como pasó en el caso de Gas de Occidente, y pues se hizo la aclaración que en esos casos que se hacía la intervención porque se estaba

protegiendo una población que podría ser afectada por un desbordamiento en esos sitios (...) PREGUNTADO: ...usted manifestó que la C.V.C. tiene un territorio..., sobre el cual ejerce su actividad y significa eso que la C.V.C. ejerce su autoridad sobre todos los predios individuales situados sobre ese territorio. CONTESTO: Nosotros trabajamos por regionales, tenemos ocho regionales. Digamos para el caso de la regional de nosotros, dentro de la parte del territorio pues si tenemos como la función de ejercer el control del uso de los recursos naturales y efectos sobre el medio ambiente...Digamos que el incluye todo el departamento del Valle del Cauca, predios privados y predios que no sean privados...PREGUNTADO: En una declaración anterior que en el curso de la mañana se ha escuchado aquí, dijo concretamente que la C.V.C. tiene autoridad para conminar a un propietario determinado para que haga alguna obra o impida que suceda algo, eso es derivado de que la facultad que la C.V.C. tiene atribuciones de poder policivo. Usted, dentro de los cargos que ha desempeñado en C.V.C., alguna vez ejerció ese poder policivo en el sentido de que el propietario de tal predio se le manda una conminación para que haga o no haga alguna circunstancia o alguna obra. CONTESTO: A ver, nosotros para ese caso a los usuarios de los predios, a nivel general se mandaron unos oficios pues para dentro de la época en que yo estuve, que ya se diera el evento para que hiciera el mantenimiento periódico de los diques, para que le hiciera la descolmatación de los cauces, y ya con base en ese cada propietario de su predio pues en caso que requiera, digamos hace la solicitud ante la C.V.C. Para este caso el único que presentó diseños ante la C.V.C. fue la Zona Franca del Pacífico, pero digamos que a simple vista para uno decir que un dique está fallando en una parte y requerir al propietario por esa parte específica no, se hace más que todo a nivel preventivo. PREGUNTADO: Pero como los ríos son de propiedad de la Nación, son bienes públicos, ustedes en cuanto al cauce de los ríos o la situación de la rivera de los ríos, tienen facultad de exigirle a los predios riberanos que hagan algunas obras. CONTESTO: La parte de mantenimiento de los ríos, en ese caso sí pero porque eso es producto de un estudio, digamos que a nivel de la parte que hizo con la Universidad del Valle la modelación del río Cauca, el río Cauca no presenta problemas de digamos de colmatación de su cauce, que se han presentado fenómenos erosivos que han bajado el nivel original de su cauce, digamos que la parte que rige toda la parte fluvial del Valle del Cauca el patrón es el río Cauca, para casos particulares tiene que cada propietario presentar unos estudios que son detallados

con unas batimetrías o topografías del cauce de los ríos y con base en eso ir a pedir permiso ante la C.V.C. para hacer el mantenimiento de estos cauces.

(...)”.

- El señor Oscar Rivera Luna, quien especificó ser Ingeniero Agrónomo y tener una vinculación contractual con el Municipio de Palmira, sobre los hechos materia de debate expuso lo siguiente:

“(...)”

El dique de hacienda La Selva está exactamente al pie del cauce del río Cauca. El Decreto Ley 2811 de 1974, Código de los Recursos Naturales, dice que los diques de los grandes ríos deben estar a 60 metros, debe haber una distancia de 30 metros a partir del cauce de los ríos, en franjas de conservación, en zonas de conservación de uso forestal protector. El Plan de Ordenamiento Territorial de Palmira, concertado con la C.V.C. entre el primero y el doce de agosto del año 2000, dice que deben existir 60 metros de franjas forestales protectoras a partir del cauce del río Cauca hacia la margen derecha del municipio de Palmira y que deben existir en cumplimiento de los Decretos Ley mencionados, una franja de protección de 30 metros a partir del cauce de los ríos, zanjones y quebradas. Pero como los diques quedaron cerca, entonces esas franjas de 30 metros no están funcionando; son menores las secciones hidráulicas típicas, entonces son insuficientes con las lluvias del cambio climático que ocasionaron la tragedia del año 2010 y 2011 para que fluyan naturalmente...PREGUNTADO: Qué opina usted de los diques del río Cauca y del Zanjón Rozo respecto de la inundación de la hacienda La Selva, específicamente. CONTESTO: Del dique del río Cauca opino que no debería estar pegado al río, porque hay unas normas que establecen que debe haber una distancia de 60 metros de franja de conservación, pero además de esas normas está lo racional, es que se ha perdido allí la caña menuda, las especies que protegían los taludes del río y que conocí a todo lo largo del río Cauca que ya no están, y en el caso del dique del Zanjón Rozo, para mí conocimiento, esos diques no se debieron construir cerca, como estaban antes de estas inundaciones, es más, para mí entender no se debieron construir porque hacían parte de un sistema de drenaje, vinculado, conectado, con todas la ciénagas, vasos comunicantes con todos los poros que permitían el flujo de aguas freáticas desde el río Cauca hasta esa red de humedales. O sea, para mí los

diques de los tres zanjones, Palmira y los que se han construido hacia el centro y norte del Valle, no se debieron hacer de esa forma porque han servido es para confinar las aguas cuando se desborda. PREGUNTADO: Cuáles son las causas reales de la inundación ocurrida en la hacienda La Selva y otros predios en el valle geográfico del río Cauca. CONTESTO: Las causas reales de la inundación ocurrida en la hacienda La Selva y en otros predios del Valle, son en primer lugar relacionadas con una situación de cambio climático global, ese cambio climático global está afectando a todas las cuencas hidrográficas del planeta tierra, donde se están presentando sequías prolongadas e inundaciones incontrolables...en los grandes ríos y medianos ríos, y pequeños ríos y quebradas de la tierra, que han presentado esa condición debido a la irregularidad de las lluvias. La irregularidad de las lluvias depende del calentamiento de la tierra, el aumento de la temperatura, donde se han hecho muchos daños,...donde se ha deforestado más, el cambio climático es más drástico. La segunda causa de la inundación, es el conjunto de los cambios morfológicos y de la morfología fluvial de toda la red hidrológica del Valle del Cauca, específicamente en el municipio de Palmira, y la tercera causa determinante es la forma como se construyó el sistema de diques, para un período de retorno que no era suficiente para una nueva situación que se da con el cambio climático donde ya se está trabajando para un nuevo periodo de retorno de uno en quinientos años, o sea, la máxima lluvia ocurrida en quinientos años y los caudales máximos instantáneos que esa lluvia puede generar, entonces, las nivelaciones hechas para riego de caña, han ayudado a conformar las paños de las que hablo y si no es por bombeo o por evaporación, el agua no puede salir. Eso está en La Selva, esa situación la comprobé y está en todos los predios que se han inundado donde el agua permanece durante meses, permanece durante meses porque hay una vasija, esas son las tres causas determinantes. Lo del cambio climático no lo podía prever ningún Municipio, ningún CLOPAD, ningún Sistema Municipal de la Gestión del Riesgo de Desastres. Hay unos funcionarios que andan de Palmira por todas partes por los diques, pero son física y humanamente muy pequeños, es un equipo pequeño de acuerdo a la capacidad del Municipio para poder visualizar un fenómeno climático de estas dimensiones. Nadie podía prever que iba a llover en forma tan intensa y que iba a coincidir al tiempo el crecimiento de los caudales del río Cauca, el río Bolo, el Río Fraile, Guachal, el río Palmira, todas las quebradas de la ladera, que se iban a presentar esa cantidad de derrumbes que se presentaron. Es una situación que

supera la capacidad humana como se dio en el Canal del Dique, en el río Magdalena, y en una gran cantidad de Municipios, especialmente del país Andino. (...) PREGUNTADO: En el desarrollo de esta actividad de la siembra de caña de azúcar usted comentaba que se desarrollan ciertas afectaciones a los ecosistemas. Usted conoce que afectaciones ha causado la Sociedad Bernal Vallejo en la hacienda La Selva y principalmente, con la instalación del dique que como usted nos contaba en la zona de protección del río Cauca. CONTESTO: En la hacienda La Selva y en todas las haciendas, vecinas y del recorrido del municipio de Palmira, se ha creado esta situación, de una modificación de las pendientes naturales del terreno, en las nivelaciones para el riego por gravedad en el cultivo de caña de azúcar. Esas formas de nivelación finalmente han perjudicado a las mismas haciendas que lo han hecho, pues en casi todos los predios que he recorrido, en vecindario de la Selva, hacia el norte y hacia el sur y en la Selva, existe esa misma situación, esa nivelaciones que determinaron la formación de platones y de vasijas, además, hay una parte de la tecnología de la caña de azúcar en el Valle del Cauca, que es deforestar los grandes Samanes, las Ceibas, Higuerones, Pisamos, que estaban en las cintas de protección de los cauces de los ríos y las quebradas, para llevar el cultivo hasta la orilla de esos cauces hídricos. En el conjunto de la producción de caña de azúcar, se borró el flujo, el rosario de humedales que existían y se taponaron y se rellenaron, y lo he visto muchas veces en muchos predios, hasta que esa red de humedales no puede funcionar de ninguna manera. Hay otro daño que se hace y se sigue haciendo que son las quemas de caña, las quemas de caña producen hasta veinte mil kilos de gas carbónico por hectárea quemada, consumen la materia orgánica del suelo...En muchos predios se aplica el glifosato, un herbicida no selectivo de amplio espectro, sale éster de n-fosfonometil glicina, que afecta la vegetación diferente a la caña de azúcar. Entonces se ha dado deforestación, se practican las quemas, se practican las requemas en el conjunto de la región y eso conduce a lo que vivimos, o sea, una alteración del clima. (...) PREGUNTADO: Conoce usted ingeniero, si en la hacienda La Selva existe algún humedal. CONTESTO: En el momento no existe humedal en la hacienda La Selva, pero existía una red en todo el valle geográfico y por allí por esa región no está. PREGUNTADO: Sabe usted si el humedal se encuentra en el predio el Higuerón. CONTESTO: Ya no hay humedal ni humedales, era una red de humedales y gradualmente se fueron rellenando. En este momento, en forma reciente visité y hay dos grandes diques protectores cerca del

cauce del Zanjón Rozo, son diques que tienen en su punto de llegada unos ocho metros de altitud, pero ya no hay humedales en esa zona. PREGUNTADO: Conoce usted, señor ingeniero, como refutación a la aseveración que usted hizo, que nadie puede prever las consecuencias del cambio climático, sabe usted que desde junio de 2010, el IDEAM anunció profusamente por todos los medios, que se venía un invierno supremamente fuerte y lo repitió, esa serie de prevenciones públicas, en octubre - noviembre de 2011, lo conoce usted. CONTESTO: Si conozco perfectamente los documentos del IDEAM, pero ningún municipio del Valle del Cauca ni de Colombia, puede proceder a adecuar, a realzar, a realizar grandes obras de adecuación sin tener, tienen que haber unos estudios, estudios que se están haciendo en la actualidad, con un conjunto de expertos del OSSO de la Universidad del Valle, de la C.V.C. y expertos internacionales para poder llegar a las decisiones que se están tomando, en relación al manejo de la red hidrológica del Departamento del Valle y particularmente del municipio de Palmira. No es posible pensar que un Municipio pueda salir, sin tener esos diseños, esos estudios técnicos y mucho menos sin la autorización de la autoridad ambiental C.V.C., que es la entidad que tiene la superintendencia para la regulación de los caudales hídricos en el Departamento del Valle del Cauca y que ha manejado, porque tiene los expertos, desde 1954, cuando se iniciaron las obras del jarillón de Aguablanca,...pues que ha manejado todo lo referente a la regulación de caudales y a construcción de diques. Entonces se requiere un diseño, se requiere un tiempo para poder ejecutar obras de esa magnitud, que en el caso de la ciudad de Cali, representan una erogación de 1.3 billones de pesos.

(...)”.

DICTAMEN PERICIAL:

El perito Ingeniero Civil, Ignacio Alonso González Lourido, procedió a rendir experticia decretada en proveído de fecha 16 de abril de 2015, cuyo objeto versaba sobre el estado de los diques y la causa de las inundaciones y los daños acaecidos en el predio La Selva, del que se destaca lo siguiente:

“(...)”

...la inundación número dos, que ocurrió en noviembre 18 de 2010. Esta inundación fue ocasionada por el represamiento del río Fraile, que se metió, por decir algo, en contravía, en el río Palmira, un kilómetro aguas arriba de su desembocadura en el río Fraile. Las aguas tormentosas del río Fraile rompieron el jarillón, el lado norte en el río Palmira, más exactamente lado noroccidental del río Palmira y penetraron nuevamente en la hacienda El Antojo, uniendo el río Palmira, el río Guachal y la cota de inundación que cubrió en la hacienda El Antojo hasta el canal Tumaco, esto para considerar la hacienda El Antojo. Los propietarios de las siguientes haciendas, Los Portales, la Zona Franca del Pacífico, su representante legal, la hacienda Cantarrana, la hacienda La Aldea, la hacienda Miraflores No. 1, la hacienda La Cabaña, la hacienda Miraflores, la hacienda La Herrería, preocupados por el alto volumen, por la alta dimensión de la inundación del Antojo, acudieron donde la C.V.C. a solicitarles que por qué no se volvía a tomar esa decisión sabia de romper el jarillón perteneciente a la hacienda El Antojo, en el punto clave, punto Bacín, punto de salvamento rápidamente, para efectos de no ser inundados. Ocurre que la C.V.C. con una actitud para mí parecer negligente, demoró 18 días en tomar esa determinación inexplicablemente, porque cuando ocurrió la primera inundación en febrero de 2008, esto ha debido quedar... consignado en sus archivos, en sus memorias o en mucho testimonio que ha podido dar algún empleado de la C.V.C. o conocidos de la C.V.C. sobre la eficacia que tuvo el hecho de haber roto el jarillón a 50 metros aguas arriba del nuevo puente sobre el río Guachal. Después de 18 días, ya todos estos predios estaban totalmente inundados y fue cuando vino a dar su visto bueno los Directivos de la C.V.C., que en parte ayudaron con eso, pero ya con perjuicios muy grandes contra las personas que acabé de enumerar (...) La tercera inundación ocurrió el 17 de diciembre de 2011. Esta inundación ocurrió también, según fui informado en una visita que hice al sitio de la inundación, de que la C.V.C. había ordenado descolmatar el Zanjón Rozo. Para estos efectos había conseguido unos contratistas no calificados...el operador trabaja perpendicularmente al talud sur del canal Rozo, y eso, yo como ingeniero y modestia aparte le debo decir que yo tuve el manejo de diversa maquinaria durante 20 años, yo tuve hasta una retroexcavadora propia, sé que la defensa de esos canales no debe hacerse en una forma perpendicular, porque si el cucharón penetra en el agua ya no se ve el talud vertical del canal. Con cualquier descuido u omisión...puede tocar, lesionar o desintegrar o desmoronar la pared vertical del canal sur...Entonces si

tocan el fondo...pueden hacerle una perforación y desplazar, en este canal, son peculiares porque dejaron unas bolsas de arena o betas de arena; si la desplazan o tocan esa pared, por ahí se puede meter el agua como en efecto ocurrió acá, y es un caso sui generis que el agua no buscó por encima como todas estas inundaciones, sino por debajo, subterráneamente rompió el canal Rozo, después perforó en el tronco del jarillón totalmente y salió a la hacienda La Argelia y se regó por todos estos predios a saber, la Selva, La Cabaña, Miraflores No. 1, La Aldea, Cantarrana que pertenece al jarillón de Tumaco, para terminar en la Zona Franca de Palmaseca (...) También quisiera referirme en forma respetuosa, pero por la obligación de mi cargo debo hacerlo, sobre un llamado de atención en voz alta que hizo el IDEAM en el año de junio de 2010, llamando la atención a la C.V.C....para que descolmaten (sic) las fuentes hídricas y por otra parte, así lo entiendo yo, hicieran unas visitas a pie por todos los jarillones para que pudieran detectar presencia de hormigueros y otras causas que dañan los jarillones. Hasta donde yo pude conversar con los habitantes de la región, no fue muy bien oído este llamado que hizo el IDEAM por todos los medios escritos y radiales del país, los cuales esta entidad...repitió su llamado a la atención cada seis meses (...) PREGUNTADO: Cuáles son las causas por las cuales fallan o ceden los jarillones. CONTESTO: El efecto preventivo para que los jarillones no se dañen radica en la visita a pie de los funcionarios, si la delegación está en la C.V.C., de esa entidad de la C.V.C., o si ahora con esta nueva ley radica en los propietarios, en algún empleado que los pueda recorrer a pie para que se dé cuenta, primero, si hay grietas que indican que el terreno no está coaccionado, y en esta zona..., las fincas de Bernal Vallejo y Cía S.A.S. están ubicadas es en el corregimiento de Matapalo y el Antojo está en el corregimiento de Palma Seca,...El corregimiento de Matapalo se caracteriza porque, por decir algo, es muy propicio para la reproducción de las arrigas (sic) arrieras, que son las que socaban los jarillones y entonces, quedando el jarillón en falso, cualquier creciente con cualquier huracán, por decir algo, se puede caer, y hasta donde yo entiendo esas son las dos principales. Y también, pues someter al jarillón a cargas extra-pesadas...PREGUNTADO: Además de lo que hay que hacer para prevenir y curar el estado de los jarillones, qué se debe hacer en los causes de agua, usted como ingeniero, para que se sirva decirnos, en qué consiste un buen cuidado de un cauce de agua para prevenir inundaciones. CONTESTO: Un buen cauce de agua, así haya sido construido, si no es natural, digo, haber sido construido un zanjón o un

canal,...se conservan divinamente bien con la debida descolmatación, que esta se puede hacer mecánicamente por efecto de retroexcavadoras, pero yo insisto de que la retroexcavadora, así tenga que hacer una doble labor, debe limpiar las orillas, ya sea en una forma paralela al cauce, depositando los materiales atrás de ella sobre la corona del jarillón, y después en una segunda etapa, barrer ese material sobrante y bajarlo más allá de la berma o en la parte cultivable, porque eso es terreno fértil. Entonces con la descolmatación, fluyen rápidamente las fuentes hídricas y se conservan mejor...
(...)".

CUESTIONES PREVIAS:

Calificación de la prueba testimonial y pericial decretada y practicada:

Empieza la Sala por calificar el testimonio del señor Carlos Alberto López López, quien si bien indicó no tener vínculo alguno con las partes del presente litigio, de su versión se denota su particular interés en el asunto, al considerarse perjudicado por las lluvias y por la actividad que se le atribuye a la demandada. Su conocimiento sobre los supuestos fácticos, más que descriptivo, es una exposición de lo que según su impresión dio lugar al acontecimiento de los hechos, tratando de expresar sus causas sin justificar las razones técnicas o científicas de la ciencia de su dicho, por lo que en la medida de tales circunstancias, se procederá a la valoración de su declaración.

De otro lado, la parte demandante en el momento procesal oportuno (artículo 211 del C.G.P.) tachó de sospechosos los testimonios rendidos por el Ingeniero Agrícola Oscar Ramírez Benjumea y el Ingeniero Civil Samir Chavarro Salcedo, al tener una relación de dependencia con la demandada C.V.C., con motivo de su vinculación laboral, fundamento que también predicó la parte actora respecto del Ingeniero Agrónomo Oscar Rivera Luna, quien funge como contratista del demandado municipio de Palmira.

Ha precisado el H. Consejo de Estado⁴ que “...el testigo sospechoso no debe ser *per se* descartado, sino valorada su declaración en conjunto con los demás medios probatorios y con mayor severidad⁵”, valoración consignada por mandato legal en el artículo 176 del C.G.P. y que será tomada en cuenta al momento de respaldar algunos supuestos fácticos con las declaraciones surtidas por dichos testigos.

Es de destacarse que sus relatos se refieren a actuaciones administrativas o gestiones de política ambiental referida al cambio climático, pero que en general no existe inclinación o favorecimiento a los intereses de las demandadas C.V.C. y municipio de Palmira; los testigos informan al proceso hechos pretéritos al mismo y que son de su conocimiento específico en razón de su cargo.

De otro lado, los ingenieros citados a esta Litis en calidad de declarantes, serán calificados por esta Sala como testigos técnicos⁶, puesto que son definidos por la jurisprudencia como “...aquel que “está en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Por razón de su profesión, oficio o afición” y es precisamente esa experiencia específica la que le permite “efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio”. En razón de este atributo dichos testigos arrojaron información sobre la construcción de diques, las especificaciones técnicas, distancias, altura y sobre todo a quien le corresponde su construcción, como se observará más adelante.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-31-000-2005-03004-01(38156). Actor: JAIME TORO LOPEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, radicación 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29195); C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en que precisó que los testigos sospechosos o de oídas “no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad”.

En el mismo sentido, sentencia de 18 de febrero de 2010, radicación 66001-23-31-000-1997-03961-01 (17542). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. C.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Tres (3) de marzo de dos mil diez (2010). 50001-23-31-000-2006-00311-01(37061).

Por último, el dictamen del Ingeniero Civil, Ignacio Alonso González Lourido, fue objetado por error grave por el apoderado judicial de la C.V.C. (Minuto 08:15), quien indicó que *“...hasta el momento, relejendo el auto de pruebas de la audiencia inicial, su señoría dijo que la prueba pericial debía referirse al estado de los diques, la causa de las inundaciones y los daños en la hacienda La Selva, hasta pues el momento el perito no nos ha dicho nada sobre el estado de los diques en la región hasta el momento, la causa de las inundaciones las tocó tangencialmente...en cuanto a los daños en la hacienda La Selva se limitó a decir unas cifras, dos cifras que las expresó sin ningún tipo de sustento de tipo técnico. No nos informó cómo las obtuvo y el dictamen se limitó a hacer unas apreciaciones y unas conclusiones, más no un dictamen como tal, hizo unas afirmaciones respecto de una retroexcavadora que le contaron que habían trabajado pero no nos trae ninguna prueba que nos sustente esto, o sea para mí el ingeniero, respetuosamente, está actuando más en calidad de testigo que de perito y no nos ha absuelto hasta ahora el objeto de la prueba que fue lo que su señoría decretó en el auto inicial...”*.

Se ha señalado por el precedente⁷ que *“(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con la intervención de otros peritos” (GJ tomo LII Pág.. 306), pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permiten diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o de sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa totalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”*.

Conforme a lo anterior, no prospera la objeción del dictamen por error grave, pues se dio cumplimiento al objeto de la peritación así haya sido en algunos aspectos de forma tangencial, otra circunstancia diferente es la fortaleza de sus conclusiones o inferencias. Se tomó por el perito, como sustento de sus impresiones, entre otros, extractos de noticias de prensa, elementos que no garantizan que las bases de su dictamen sean firmes y lo lleven a deducciones verosímiles e indiscutibles.

⁷ Sent. Agosto 12 de 1997. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 4533.

Lo anterior cobra mayor vigor al aludir el perito que la inundación ocurrida el día 17 de diciembre de 2011 obedeció a que la C.V.C. no logró descolmatar el Zanjón Rojo, al contratar personal no idóneo para dichas funciones, inferencia que tuvo como fundamento información obtenida de versiones de personas presentes en el lugar de los hechos (Minuto 23:40).

Lo mismo ocurre cuando insinúa que hubo un llamado de atención del IDEAM en junio de 2010 a la C.V.C., para que procediera a la descolmatación de las fuentes hídricas (Minuto 32:12), indicando a renglón seguido, que entiende él que dicha decisión fue adoptada para que se efectuaran visitas a pie por todos los jarillones y pudieran detectar presencia de hormigueros y otras causas que perjudicaran el estado de los diques, planteando que de lo que pudo conversar con habitantes de la región, no fue bien oído el llamado del IDEAM por medios escritos y radiales del país.

De esta manera se tiene que se tratan de meras opiniones de las cuales no se conoce su origen y soporte científico, puesto que como lo ha explicado la doctrina nacional⁸ *“Si a un experto se le solicita rendir o presentar un dictamen pericial, ya sea por designación de una parte o por el juez, la finalidad de éste es arribar a unas conclusiones; pero para llegar a las mismas, requiere de un método o procedimiento, del cual se desprenden exámenes, experimentos o investigaciones, que deben ser documentadas bajo la técnica, oficio arte o ciencia, de manera que cualquier persona que haga uso del dictamen pericial, pueda corroborar el sustento de sus afirmaciones.”*, advirtiendo de otra parte que *“La explicación y el soporte del procedimiento realizado por el perito, no podrá faltar, dado que por medio de estos se hace posible el ejercicio de la contradicción a las partes y el control del dictamen pericial al juez.”*, terminando por sentar que *“De faltar el sustento metodológico y los soportes en un dictamen pericial, podría configurarse una falencia o vicio dentro del mismo, toda vez, que se encuentra vulnerando las reglas procesales y el derecho de defensa.”*.

⁸ Ochoa Pérez, César Mauricio. *“Tratado de los dictámenes periciales. Instituciones jurídicas, económicas, financieras, contables y tributarias: el libro naranja”*. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2017.

De contera, so pena de vulnerar derechos fundamentales de stirpe constitucional ante la carencia de un método o procedimiento científico que haya estructurado sus conclusiones y que permitiera corroborar por la contraparte el sustento de sus afirmaciones, no se procederá a su valoración.

Caducidad de las pretensiones relacionadas con la inundación ocurrida el 05 de diciembre de 2010:

Con la contestación de la demanda, el municipio de Palmira propuso la excepción previa de caducidad del medio de control, respecto de la pretensión que tiene afinidad con los daños provocados con el desbordamiento del río Palmira el día 05 de diciembre de 2010, cuya decisión no fue adoptada por esta instancia en la audiencia inicial practicada el día 28 de agosto de 2014, al estimarse que en ese momento procesal no se tenía certeza del término inicial del plazo preclusivo.

Habiéndose cerrado el recaudo probatorio, se colige que hay lugar a declarar parcialmente la caducidad del medio de control de reparación directa, en lo que respecta a la anegación de la hacienda La Selva por la ruptura del dique sobre el río Palmira, en medio de la ola invernal que afectó al Departamento del Valle del Cauca en el año 2010.

Se toma esa determinación, pues ha sido claro el precedente jurisprudencial⁹ en definir que “...tratándose de daños de tracto sucesivo la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos del daño sino de este como tal, así por ejemplo el hecho de que el inmueble se haya deteriorado y eso impida su normal explotación hacia el futuro, es decir que ello prive al demandante de sus frutos naturales y civiles, no muta el daño en uno de esa naturaleza, de donde el computo de caducidad en el presente caso debía iniciarse, como lo consideró el tribunal, desde el día en que este se verificó, pues una lectura diferente dejaría en la indefinición la caducidad, lo que constituye un atentado contra la seguridad jurídica.”.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 15001-23-31-000-1998-15692-01(34682). Actor: JESUS ANTONIO ROA BONILLA. Demandado: INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.SP. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA.

Guardando consonancia con lo previo, el alegado rompimiento del dique que ocasionó la inundación sobre el predio La Selva el día 05 de diciembre de 2010 y como repercusión, produjo la pérdida del cultivo de caña de azúcar situado sobre tal extensión, se trata de un hecho físico susceptible de ser apreciado y ponderado desde su ocurrencia, sin que sea dable confundirlo con los efectos propios del daño.

Expone el señor Oscar Ramírez Benjumea, Profesional Especializado de la Dirección Técnica Ambiental de la C.V.C., desde el punto de vista climatológico los fenómenos ocurridos en el año 2010 y 2011 no guardan relación entre sí; el primero tuvo ocurrencia desde agosto de 2010 hasta marzo de 2011, donde se decretó de conformidad con los modelos hidroclimatológicos a nivel mundial, que el fenómeno de La Niña había entrado en un proceso neutro, pero cuatro meses después el fenómeno volvió a surgir.

Lo propio también fue referenciado por la Corte Constitucional en Sentencia C-156 del 9 de marzo de 2011, al realizar el control material sobre el Decreto 4580 de 2010, que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Reveló que de acuerdo a las predicciones del IDEAM, el fenómeno de la niña que había tenido su génesis en el año 2010, se prolongaría *“...hasta mediados de mayo o junio de 2011, empatando con el segundo régimen de lluvias de 2011, trayendo como consecuencia precipitaciones por encima del promedio de la primera temporada de lluvias de ese año.”*.

Sea del caso traer a colación lo decidido por el H. Consejo de Estado¹⁰ al momento de resolver sobre la caducidad de hechos dañosos, en razón a lluvias que se presentaron durante algunos meses en el transcurso de varios años:

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099). Actor: MANUEL FRANCISCO PETRO LUNA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA-, INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y DEPARTAMENTO DE CORDOBA. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

“(…)

De lo transcrito, es indudable que, según lo relata la parte actora, el hecho dañoso se inició en junio de 1995 y se extendió hasta julio de 1996, puesto que las inundaciones ocurrieron en esos meses y los perjuicios solicitados se derivan de las lluvias invernales que acontecieron en esa época.

Es posible que en específicas ocasiones el daño se prolongue con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, sin que esto signifique que el término de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra dicho supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad debe partir del momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo.

(…)

En el presente caso, el supuesto daño se derivó de la emergencia invernal que tuvo ocurrencia en los meses de junio de 1995, abril y julio de 1996, de allí que, se pueda afirmar que aquél tiene el carácter de continuado o de tracto sucesivo, toda vez que se prolongó en el tiempo de manera intermitente, en razón a que las lluvias se presentaron durante algunos meses en el transcurso de varios años.

Así las cosas, el término de caducidad, en el asunto sub examine, vence cada dos años contados a partir del día siguiente en que se configuró el hecho dañoso, es decir, respecto de las lluvias presentadas en el mes de junio de 1995, la parte actora podía presentar la demanda hasta el mes de junio de 1997 y en relación con las que ocurrieron en abril y julio de 1996, tenía plazo hasta los meses de abril y julio de 1998, respectivamente.

(…)”.

Agregó el testigo Ramírez Benjumea, que las dos inundaciones que afectaron dicho predio tuvieron que ver con daños en sitios diferentes, aseveración que guarda coherencia con la declaración rendida por el Ingeniero Agrónomo Carlos Alberto López López, quien expuso que el día 18 de noviembre de 2010 hubo un

rompimiento en la parte superior del dique sobre el río Palmira en la finca El Antojo, mientras que para el año 2011 el jarillón que se fracturó fue el contiguo al Zanjón Rozo, provocando la inundación de los predios adyacentes. Y en cuanto a que desde el punto de vista climatológico se trata de dos circunstancias distintas, el declarante López López ratifica esta situación, pues aseveró que después de la inundación del 2010, pudieron realizar nueva siembra en agosto de 2011, hasta que el día 17 de diciembre del mismo año acaeció la otra inundación.

Acorde con constancia del Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres CLOPAD (Folio 21, C.1.), en la ola invernal de noviembre a diciembre de 2010, las inundaciones que afectaron el predio del demandante tuvieron como fuente directa la ruptura del dique en el río Palmira, Zanjón Tumaco, mientras que el mismo Comité (Folio 24, C.1.) y el Director Territorial de la Dirección Ambiental Regional Suroccidente de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – C.V.C. (Folio 23, C.1.), certifican que en la semana del 16 al 27 de diciembre de 2011, el predio denominado “hacienda La Selva” se vio afectado de manera directa por las inundaciones que produjo el rompimiento del dique en el Zanjón Rozo, 600 metros antes de la desembocadura sobre el río Cauca.

Demostrado está que se trataron de dos eventos diferentes, por lo que en relación con el daño que se configuró el día 05 de diciembre de 2010, en virtud del literal i, numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., tenía el demandante hasta el 06 de diciembre de 2012 para incoar la demanda, plazo suspendido por la solicitud de conciliación extrajudicial de fecha 03 de diciembre de 2012 hasta el 05 de diciembre de 2013 cuando fue expedida la constancia de no conciliación, habilitando como nueva fecha para presentar la demanda el 08 de febrero de 2013, por lo que para el 19 de marzo de 2013, cuando se sometió la demanda a reparto, ésta ya se encontraba caducada.

CASO CONCRETO:

DANO:

Se acredita que el predio denominado hacienda La Selva, con matrículas inmobiliarias 378-0002769 (Folios 11 a 13, C.1.), 378-0014157 (Folios 14 a 16, C.1.), 378-0032426 (Folios 8 a 10, C.1.), 378-18175 (Folios 6 a 7, C.1.) de propiedad de la Sociedad Bernal Vallejo y Cía S.A.S., representada legalmente por el señor Jorge Alberto Vallejo Bernal, ubicada en el corregimiento de Matapalo jurisdicción del municipio de Palmira, Departamento del Valle del Cauca, cuenta con un área de 90 hectáreas sembradas en caña de azúcar que se anegó desde el 17 de diciembre de 2011 por la ruptura del dique de protección del Zanjón Roza, 600 metros antes de la desembocadura sobre el río Cauca (Folios 20 a 24, C.1.).

FALLA DEL SERVICIO.

El demandante alega en su demanda que se omitió el deber legal de velar por el buen estado de los cauces y diques (C.V.C.) y la prevención de desastres en el terreno de su jurisdicción (municipio de Palmira).

Añade que las demandadas como autoridades ambientales, dotadas de poder de policía, tenían la obligación legal de atender las prevenciones meteorológicas e hidrológicas y de acometer las obras que aseguraran protección efectiva contra las inundaciones anunciadas por el IDEAM.

De acuerdo con el numeral 11 del artículo 31 y el numeral 10 del artículo 65 de la Ley 99 de 1993, dentro de las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales y los Municipios, está el promover y ejecutar obras de irrigación, avenamiento, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua y de recuperación de tierras que sean necesarias para la defensa, protección y adecuado manejo de cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción, también lo es, de conformidad con los principios generales ambientales consignados en el artículo 1º ibídem, en concreto el del numeral 10º, que la acción

para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.

Tales deberes y obligaciones a cargo de la C.V.C. y del municipio de Palmira, no son de fácil observancia cuando se trata de fenómenos naturales como el ocurrido en los años 2010 y 2011, que para efectos de establecer el grado de su dimensión se traerá a colación la ya citada sentencia C-156 de 2011:

“(…)

De acuerdo al índice Multivariado ENSO-MEI (por sus siglas en inglés) el cual estima la intensidad del fenómeno de La Niña, el nivel de este evento durante 2010, indica que ha sido el más fuerte jamás registrado. Al respecto señala el IDEAM, que con base en el índice MEI¹¹, se puede señalar que el fenómeno de la Niña en el período comprendido entre mayo a junio alcanzó condiciones neutrales. No obstante lo anterior, a partir del bimestre Mayo – Junio se presentó un fuerte decrecimiento a valores negativos, alcanzando, en el primer año de formación de este fenómeno, el valor más bajo en el bimestre Agosto – Septiembre, valor este que supera los valores MEI de las Niñas fuertes anteriores cuyos valores oscilan para la niña 1973 y la Niña 1988 entre (-1.75) y (-1.59) respectivamente. Este nivel, por lo tanto, corresponde a la máxima intensidad del presente fenómeno y además se ubica como el más fuerte jamás registrado hasta la fecha. Se advierte que La Niña 2010 en comparación con la única Niña que se ha presentado en los últimos cinco (5) años, ha sido muy superior¹².

Así las cosas, se puede afirmar que aunque la presencia del fenómeno de la Niña puede ser pronosticada por centros o entidades climáticas o atmosféricas, como el

¹¹ De reconocida aplicación internacional por ser el que utiliza la mayor cantidad de variables océano – atmosféricas fue desarrollada por la División de Ciencias Físicas del herat System Research Laboratory de la NOAA (nacional Oceanic Atmospheric Administration – Autoridad Meteorológica y Oceanográfica de los Estados Unidos) de la Universidad de Colorado, y se utiliza para determinar las fases cálidas del fenómeno de La Niña. Se calcula utilizando diferentes variables atmosféricas (presión a nivel del mar, viento en superficie, temperatura del aire y cantidad de nubosidad) y oceánicas (temperatura de la superficie del mar). Los valores positivos corresponden a la presencia del fenómeno de El Niño y los negativos a la ocurrencia del fenómeno de La Niña. Ibidem.

¹² Se adjuntan cuadros que representan la comparación de los eventos La Niña fuertes con el evento Niña 2010 y el cual señala el comportamiento del índice MEI – La Niña 2010, en comparación con los fenómenos de variabilidad climática registrados en los últimos cinco (5) años. Dichos documentos son parte integral de la sentencia. Ibidem.

IDEAM, lo cierto es que la magnitud, intensidad y agudización de éste superó los registros históricos. Así pues, se verificó que el fenómeno de la Niña 2010 fue el más fuerte de los fenómenos fuertes de la Niña presentados en otros años, lo que demuestra su carácter anormal y extraordinario. Aún más, las precipitaciones sufridas en la mayor parte del país estuvieron alejadas en gran medida de aquellas que general y normalmente se presentan, acentuando el carácter sobreviniente del fenómeno. En efecto, el carácter súbito e imprevisto de la dimensión del fenómeno de la Niña 2010 trajo como resultado el crecimiento y aumento –también extraordinario y anormal– de los niveles de los principales ríos del país, el Magdalena y el Cauca; reforzando la anormalidad de lo sucedido.

Por ende, encuentra esta Corte que los hechos verificados objetivamente por esta Corporación y extraños al Estado adquirieron el carácter de sobrevinientes y extraordinarios; imprevisibles por cuanto como se demostró (numeral 8.3.1.), los promedios previsibles en materia de precipitaciones fueron ampliamente superados en la mayoría de regiones del país; irresistibles por cuanto los hechos verificados superaron en gran medida lo que se esperaba y por ende desbordaron la capacidad de respuesta del Estado; cumpliéndose entonces con la última parte del presupuesto fáctico, esto es el ‘juicio de sobreviniencia’.
(...)”.

De lo anterior, también da cuenta informe rendido por Alcalde Municipal de Palmira (folios 510 a 520, C.1.), en donde informó que si bien es cierto se conoció y evaluó las constantes alertas que desde junio de 2010 y desde noviembre de 2011 hizo públicas el IDEAM, era intratable el manejo de las lluvias extremas que se presentaron en su territorio, las mayores registradas en 114 años en la estación hidrometeorológica de La Rita en Manuelita, siendo inviable estimar que las lluvias generarían caudales irresistibles en su red hidrológica, ni saber que coincidirían al tiempo, caudales máximos del río Cauca y sus afluentes, los ríos Bolo, Palmira, Fraile, Guachal, ni mucho menos controlar las corrientes desmedidas generadas en toda la margen derecha del río Cauca.

Guardando coherencia con lo previo, no tiene asidero lo muchas veces mencionado por la parte demandante, en torno a la posible omisión por parte de las demandadas en atender las reiteradas y públicas alertas y prevenciones efectuadas por el IDEAM, pues a pesar de haberse pronosticado la presencia del fenómeno de la Niña para cierta época de los años 2010 – 2011, sus efectos resultaron totalmente atípicos; los promedios previsibles por concepto de precipitaciones fueron excedidos en la mayor parte de las regiones del país. Otra cosa hubiese sido que para períodos de comportamiento normal de los afluentes, los muros de protección hubiesen resultado insuficientes.

Como bien lo ha analizado la doctrina nacional¹³, concebir que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.”, haría “...difícil configurar un evento como fuerza mayor, pues en estricto sentido, casi todos los hechos o circunstancias de la vida pueden ser humanamente imaginados, es decir, previstos, lo que haría infructuoso alegar esta causal de exoneración, pues prácticamente nunca se configuraría como hecho imprevisible.”, argumento por el cual, indica la doctrina, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado¹⁴ inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, definió que “...se debía entender por imprevisible “aquellos que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”, lo que claramente tiene como consecuencia la morigeración en la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad.”.

Así las cosas, es dable entrar a analizar la causal exonerativa de responsabilidad fuerza mayor, propuesta como excepción de fondo por la C.V.C. (Folios 269 a 277, C.1.) y el municipio de Palmira (Folios 294 a 301, C.1.).

¹³ Patiño Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539>

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia del 26 de marzo de 2008. expediente 16530.

CAUSAL EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD – FUERZA MAYOR:

Retomando lo dicho por la doctrina nacional¹⁵, para efectos de que el demandado pueda exonerarse de responsabilidad bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, es su deber demostrar ausencia de falla en el servicio, inexistencia de nexo causal o una causa extraña.

Dentro de estas causales exonerasivas de responsabilidad, en el ámbito de la causa extraña que impide imputar el daño al demandado, se encuentra la fuerza mayor, definida como el acontecimiento cognoscible, imprevisible, que proviene de fuera y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar. Al respecto, ha conceptuado el precedente jurisprudencial¹⁶ lo siguiente:

“(…)

Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

El artículo 1° de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel “imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público.”

La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un

¹⁵ Patiño Héctor. Las causales exonerasivas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539>

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-41-000-2013-01041-01. Actor: MONTAGAS SA ESP. Demandado: NACIÓN - SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Referencia: Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

acontecimiento extraño, súbito e inesperado.... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad”.

***Y la irresistibilidad**, como lo dice la misma sentencia, “el hecho [...] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontestable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”.*

En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos.

Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible...”.

Así mismo, la Corporación ha establecido un tercer requisito para la configuración de la fuerza mayor: la exterioridad de la causa extraña.

*(...) en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que **aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad**, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder*

imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada¹⁷. (Subrayas de la Sala)

*De esta forma, los tres requisitos para que sea procedente admitir la configuración de la fuerza mayor son: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado.
(...)"*

Asumiendo que la ola invernal se constituye en el hecho que generó los daños irrogados al demandante sobre sus parcelaciones y cultivos, pues fue el desencadenante de las inundaciones que padeció el Departamento del Valle del Cauca en los años 2010 y 2011, se procederá a analizar la configuración de los tres requisitos individualizados por el precedente, a efectos de definir si es justificado o no el uso de esta eximente de responsabilidad.

Se trató de un hecho externo, que en relación con el informe¹⁸ “Valoración daños y pérdidas ola invernal en Colombia 2010-2011” realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, prueba documental decretada en audiencia inicial de fecha 16 de abril de 2015, la ola invernal, en concreto el fenómeno de la Niña, tuvo su proceso de formación “...desde junio de 2010, cuando las temperaturas del Océano Pacífico Tropical empezaron a enfriarse rápidamente alcanzando anomalías negativas inferiores a -0.5°C. Para septiembre

¹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente No. 16.530.

¹⁸ <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/47330/olainvernalcolombia2010-2011.pdf>

las temperaturas alcanzaron -1.5°C con un fortalecimiento de la Niña, alcanzando su etapa de madurez durante el trimestre noviembre 2010-enero 2011.”.

Es imprevisible, del que no fue factible examinar su magnitud con antelación a su ocurrencia, dada su anormalidad y a su carácter excepcional, lo cual se avala con el Informe ya referenciado:

“(…)

La estación invernal en Colombia en 2010-2011 se presenta como una anomalía marcada respecto a las estaciones invernales “normales”, con precipitaciones e inundaciones muy superiores a las observadas históricamente. Esta emergencia resultó totalmente anormal, afectando gran parte del país, y con consecuencias económicas, sociales y ambientales severas, sin precedentes.

Durante 2010 se presentó una rápida transición entre dos eventos el Niño y la Niña, trayendo consigo severas oscilaciones climáticas sobre las zonas del país con mayor influencia del fenómeno ENSO¹⁹ (Andina, Pacífica, Caribe), dinamizando los niveles desde los mínimos (estación seca) hasta los más altos registrados históricamente en algunos puntos de medición. Sus efectos en el periodo 2010-2011 resultaron totalmente atípicos y con extremos en los indicadores climáticos –en particular en los niveles de precipitación– muy por encima y fuera de los rangos históricos en gran parte del país, en especial sobre las regiones Caribe y Andina²⁰.

(…)

La Administración Nacional Oceánica y Atmosférica de Estados Unidos (NOAA, por su sigla en inglés) ha calificado el fenómeno de la Niña para el periodo julio-agosto 2010 a marzo-abril 2011 en categoría fuerte, lo cual lo ubica entre los seis eventos más importantes de este tipo desde 1950.

(…)”.

¹⁹ ENSO: El Niño/Southern Oscillation.

²⁰ Véase el Estudio Nacional del Agua 2010 del Ideam, con información sobre los impactos del evento la Niña durante 2010 y presentación de los registros de niveles mensuales durante el período enero-noviembre 2010.

Y por último, se trató de un hecho irresistible, dada la imposibilidad de las demandadas para eludir sus efectos, y así se destaca en el Informe de la CEPAL y el BID:

“(…)

La ola invernal se manifestó con intensas lluvias que afectaron con inundaciones, avalanchas y remociones en masa a varias zonas del país. En particular, en la región Pacífica se presentó una mayor pluviosidad, con un total de lluvia dos veces por encima de lo normal frente a la misma época de años anteriores.

(…)

Una de las consecuencias más graves de esta continuada, inusitada y elevada precipitación ocurrida de manera generalizada en amplias zonas del país, ha sido la crecida y el desborde de ríos y cuerpos de agua, que inundaron en forma extensa y prolongada regiones que en inviernos normales no se habrían inundado. Tras la ola invernal, entre septiembre de 2010 y mayo de 2011, el número de emergencias se elevó a 2.219, conformadas por 1.233 inundaciones (55,6% del total de emergencias), 778 deslizamientos (35,1%), 174 vendavales y 24 avalanchas. Los 10 eventos restantes se componen de tormentas eléctricas, granizadas y tornados²¹.

(…)

La persistencia de las lluvias se observa en el aumento paulatino de las áreas afectadas. Desde la primera medición en diciembre de 2010 las hectáreas inundadas se incrementaron 115% (gráfico 1.3). La dispersión en el tiempo, junto con niveles de precipitación por encima del promedio, trae consigo la saturación de los suelos, que incrementa la posibilidad de inundación ante nuevas lluvias. Por uso del suelo 71% de las inundaciones extraordinarias se concentró en pastos y áreas agrícolas heterogéneas, que incluye las tierras en descanso por rotación de cultivos, cultivos transitorios y permanentes (recuadro 1.1).

Este evento se caracterizó por la extensión de la afectación así como por su duración, lo que produce efectos acumulativos sobre la población, el territorio y las actividades productivas (gráfico 1.3).

(…)”.

²¹ Reporte del 18 de julio de 2011, Dirección de Gestión del Riesgo del Ministerio del Interior y Justicia.

Acreditado entonces que se trató de un hecho externo, ajeno a la actividad administrativa de las demandadas, imprevisible en su ocurrencia e irresistible en sus efectos, se declarará probada la existencia de la fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad respecto de las entidades demandadas.

EL ALEGADO AGRAVANTE DE LOS EFECTOS DE LA FUERZA MAYOR POR OBRA PÚBLICA A CARGO DE LA C.V.C.:

Más allá de la presencia del fenómeno de la Niña y las consecuencias que su desarrollo generó, tema ampliamente analizado en precedencia, tanto en el testimonio del señor Carlos Alberto López López y en la intervención del perito Ingeniero Civil Ignacio Alonso González Lourido, se deja entrever que como consecuencia de trabajos de descolmatación y ampliación efectuados en el Zanjón Rozo, se debilitó el dique y se rompió en su parte inferior el día 17 de diciembre de 2011.

Sin embargo, de la lectura del acta de la audiencia de conciliación extrajudicial celebrada el día 5 de febrero de 2013, para agotar el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se indica por el apoderado judicial de la parte demandante como motivos de reproche de las inacciones de las demandadas en relación con la ola invernal desarrollada en los años 2010 y 2011 lo siguiente:

“(…)

Tanto la C.V.C. como el municipio de Palmira, en su condición de autoridades ambientales dotadas de poder de policía, estaban en la obligación legal de atender las prevenciones meteorológicas e hidrológicas del IDEAM; y de acometer y de hacer acometer cuanto antes las obras que aseguraran una protección efectiva contra las inundaciones profusamente anunciadas. Como consecuencia de esto, las mencionadas entidades incurrieron en una falla de servicio, lo que las hace responsables de los enormes perjuicios causados al convocante de la presente conciliación. La autoridad encargada de velar por el buen estado de los cauces y sus diques es la CVC. La autoridad encargada de prevenir desastres en el terreno de su

*jurisdicción es el municipio de Palmira. Ambas autoridades omitieron de manera muy grave el cumplimiento de sus funciones encaminadas a controlar las inundaciones y a prevenir los efectos y perjuicios que ellas causan, ya que no se habían construido las obras que se necesitaban para prevenir la catástrofe, no se habían dragado y descolmatado los ríos y zanjones del área aledaña a la Hacienda, no se habían fortalecido los viejos diques en las partes y secciones que se encontraban debilitadas y no se había controlado la proliferación de la hormiga arriera. Como consecuencia de las graves imprevisiones y fallas en el servicio atribuibles a las entidades convocadas...la ola invernal de 2010 se constituyó en la causa de los graves daños sufridos en esa oportunidad por mi poderdante. El 17 de diciembre de 2011 el agua desbordada a través de la ruptura de un dique sobre el Zanjón Rozo, a 500 metros de distancia de la hacienda la Selva, entró de nuevo a los terrenos y cultivos de la Hacienda en mención, causando una vez más gravísimos perjuicios. Tal como profusamente lo anunció el IDEAM, el río Cauca traía en esos momentos elevados niveles. El agua desbordada en el Zanjón Rozo no pudo fluir hacia el río Cauca y retornó hasta volver a inundar la finca.
(...)"*

Tal como se observa, en la mentada audiencia y en la demanda nunca se alegó un daño con motivo de actividad alguna por parte de la C.V.C. y menos como consecuencia de obras ejecutadas en el año 2011 para la descolmatación de afluentes, que como lo pone de relieve el testigo López López y el perito Ignacio Alonso González Lourido, fueron las culpables del rompimiento del dique sobre el Zanjón Rozo que provocó una segunda inundación en diciembre de 2011, por el contrario, en el libelo demandatorio siempre fue alegada la presunta omisión en que incurrieron las demandadas para efectos de controlar las inundaciones con motivo de la ola invernal profusamente anunciada por el IDEAM.

De igual forma, en audiencia inicial desarrollada el día 16 de abril de 2015, se fijó el litigio en los siguientes términos, decisión que fue notificada por estrados sin recursos:

“No están de acuerdo a la responsabilidad de los demandados frente a la causa de los daños; no están de acuerdo con relación a la elección de las consecuencias jurídicas de las normas que se están invocando; no están de acuerdo en lo que tiene que ver con la obligación de ejecutar obras para evitar inundaciones; no están de acuerdo con relación de que el hecho fue una imprevisión, que fue un hecho irresistible, imprevisto y que obedeció a una inactividad de las partes; no hay acuerdo en punto a la titularidad de los predios de la parte demandante y de manera global, con relación a que lo ocurrido fue un hecho de fuerza mayor.”.

Se tiene entonces que la causa de los daños sufridos por la parte demandante es el fenómeno de la Niña, reprochándose de las entidades demandadas su incuria en el control de los desbordamientos y la prevención de sus efectos al no adelantarse las obras necesarias para esos fines, como el dragado y descolmatación de ríos y zanjones, y el fortalecimiento de los diques, por lo que en aras de salvaguardar el principio de congruencia de la sentencia no es viable analizar la nueva imputación puesta de presente por la prueba testimonial y pericial sobre los hechos acaecidos en la inundación del 17 de diciembre de 2011.

Ha preceptuado el artículo 281 del C.G.P. que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”*, determinando a renglón seguido que *“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.”*.

Lo anterior ha sido explicado por el H. Consejo de Estado²² en los siguientes términos:

“(…)

Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre las partes motiva y resolutoria del fallo (congruencia interna), y como concordancia entre la decisión y lo pedido por las

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ (E). Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02568-00(AC). Actor: MUNICIPIO DE TUTA – BOYACA. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA.

partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa). El principio así concebido persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa de las partes, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda, tratándose del demandado, y en la contestación, si la posición procesal es la del demandante.

(...)".

Como colofón, en el cerco de la congruencia externa de la sentencia, no se emitirá pronunciamiento alguno sobre causa diferente a la invocada en la demanda y en la fijación del litigio, respecto de la avenida del año 2011, para mantener incólumes el deber de lealtad de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa, puesto que las pruebas deben atender las pretensiones de la demanda y aquellos aspectos contenidos expresamente en ellas.

CONCLUSIÓN:

Se trata de daño causado por un fenómeno natural extraordinario, imprevisible en su ocurrencia y entidad, e irresistible en sus efectos, por lo que ante la dificultad avasallante de dominar el hecho para eludir sus resultados, es suficiente para excusar a las demandas pues nadie está obligado a lo imposible.

CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Se condenará en costas a la demandante de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en armonía con el artículo 365 del C.G.P., las cuales se liquidarán por Secretaría. De conformidad con el artículo 6º, Capítulo III, numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el efecto se fijará como Agencias en Derecho el equivalente al 0,1% del 20% previsto como tope para los asuntos “con cuantía”, por ser un tema en el cual se niega una suma liquida de dinero.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. NIEGASE las pretensiones de la demanda, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de la sentencia.

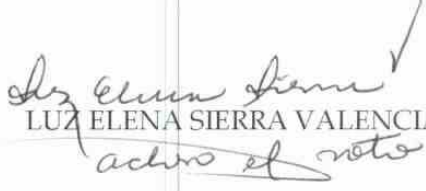
SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante, mismas que serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en armonía con el artículo 365 del C.G.P. Se fijan como agencias en derecho el equivalente al 0,1% del valor de las pretensiones negadas.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

(Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha. Acta No.)

LOS MAGISTRADOS


FRANKLIN PÉREZ CAMARGO


LUZ ELENA SIERRA VALENCIA


OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

RECIBIDO
MAY 31 10 24 AM 2017
Tribunal Administrativo
del Valle del Cauca

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

ACLARACION DE VOTO

PROCESO No.	76-001-23-33-000-2013-00307-00
DEMANDANTE	BERNAL VALLEJO Y CIA S.A.S.
DEMANDADO	MUNICIPIO DE PALMIRA Y C.V.C.
MEDIO DE CONTROL	REPARACION DIRECTA

Magistrado Ponente: FRANKLIN PEREZ CAMARGO.

Aunque comparto la decisión mayoritaria de declarar operada la caducidad de la acción respecto de los hechos dañosos producidos con ocasión de la temporada lluviosa de diciembre de 2010 y, de NEGAR las pretensiones de la demanda, no obstante no estoy de acuerdo en la razón que apoya la Sala para el efecto, por cuanto a mi juicio en este caso no resulta procedente la aplicación de la fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad de las demandadas.

En efecto, pues en tratándose de la descolmatación de los ríos BOLO, FRAILE y otros colindantes de la propiedad de la actora, no sólo tienen responsabilidad las demandadas en su condición de autoridades ambientales, sino además los propietarios de los predios colindantes. En este caso, tanto el Municipio como la C.V.C., adelantaron acciones tendientes a ello, pero efectivamente se presentó la rotura de un dique al que no se le había dado mantenimiento previo, lo que le correspondía al dueño del predio en el que se encontraba y no a las accionadas.

Así pues, la reparación de los perjuicios recibidos por la actora en sus predios corresponde al propietario del predio donde se produjo la rotura del dique y no a las demandadas, pues no puede olvidarse que en materia de preservación de estos recursos hidrográficos, las responsabilidades son repartidas entre las autoridades ambientales y los propietarios de los predios que se benefician de aquellos.


LUZ ELENA SIERRA VALENCIA.

Magistrada

Proceso 2013-00307.

RECIBIDO
DEL VALLE
DEL CAUCA
MAR 31 10 24 AM 2017

